

Inspere – Instituto de Ensino e Pesquisa

MARCELLE DE ANDRADE LOMBARDI

**INCIDÊNCIA DO ICMS NA IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS MEDIANTE
CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING)**

**São Paulo
2010**

MARCELLE DE ANDRADE LOMBARDI

**INCIDÊNCIA DO ICMS NA IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS MEDIANTE
CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING)**

Monografia apresentada no programa de Pós-Graduação em Direito (LLM – Master of Laws), como parte das atividades, para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário.

Orientador: Luiz Fernando Mussolini Júnior

**São Paulo
2010**

MARCELLE DE ANDRADE LOMBARDI

**INCIDÊNCIA DO ICMS NA IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS MEDIANTE
CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING)**

Monografia apresentada no programa de Pós-Graduação em Direito (LLM – Master of Laws), como parte das atividades, para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário.

Orientador: Luiz Fernando Mussolini Júnior

Banca Examinadora:

Data de Aprovação:

São Paulo, ____ de _____ de 2010.

Dedico este singelo trabalho aos meus pais, que sempre se fizeram presentes de forma preciosa em minha vida, apoiando minhas decisões nas ocasiões mais difíceis. Por serem meus melhores amigos, por confiarem em mim e na minha capacidade.

Agradeço:

Primeiramente a Deus por ser presença constante em minha vida. Se hoje estou aqui é porque sempre confiei que me colocaria nos melhores caminhos, sabendo que o esforço da caminhada dependeria de mim.

À minha mãe, Célia, por sua compreensão e amor incondicional. Sem os conselhos e o apoio dela, certamente tudo não teria dado tão certo.

Ao meu pai, José Antonio, que nas situações incertas sempre se fez presente de forma sábia, iluminando-me o caminho para que pudesse repensar e prosseguir na caminhada.

À minha avó, Cláudia, pelas orações e carinhos dispensados durante toda a minha vida.

E, aos meus professores do Insper, em especial, ao meu orientador, professor Luiz Fernando Mussolini Júnior, pelos brilhantes ensinamentos e sugestões apontadas na elaboração do presente trabalho.

A todos vocês, muito obrigado!

RESUMO

A proposta do presente trabalho é verificar a incidência do ICMS (Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação), sobre as operações de importação realizadas sob a forma de arrendamento mercantil (leasing). Nesse contexto, analisamos o contrato de leasing e suas espécies, bem como realizamos uma interpretação sistemática do artigo 155 da Constituição Federal, que, mesmo após a Emenda Constitucional 33/2001, ainda exige a efetiva circulação jurídica da mercadoria importada, envolvendo, portanto, a transferência de propriedade, para a incidência do imposto.

Palavras-chave: ICMS. Importação. Arrendamento mercantil (leasing).

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyzing the levy of ICMS (a state value-added tax on services and circulation of goods) on goods imported under financial leasing arrangements. In this context, we analyzed the financial leasing arrangements, and we made a global interpretation of the article 155 of the Brazilian Constitution that even after the Constitutional Amendment 33/2001, still requires a juridical circulation, with transfer of ownership of the asset or good, to the ICMS levy.

Keywords: ICMS. Import. Financial leasing.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (“LEASING”)	
2.1. Terminologia	18
2.2. Origem	21
2.3. Conceito e Natureza Jurídica	29
2.4. Modalidades	40
2.4.1. O “leasing” operacional	42
2.4.2. O “leasing” financeiro	48
2.4.3. Arrendamento mercantil contratado com o próprio vendedor	57
2.4.4. Arrendamento mercantil contratado com empresas do mesmo grupo financeiro	59
2.5. Características o contrato de arrendamento mercantil internacional	62
3. DA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS NAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO POR MEIO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (“LEASING”)	
3.1. As hipóteses de incidência do ICMS	67
3.2. A possibilidade de incidência do ICMS nos contratos de arrendamento mercantil internacional	74
3.3. A possibilidade de incidência do ICMS no momento da opção de compra do bem arrendado	84
4. DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A INCIDÊNCIA DO ICMS NAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO POR MEIO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (“LEASING”)	
4.1. A Jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal	91
4.2. A Jurisprudência dos demais Tribunais judiciais e administrativos	103
5. CONCLUSÃO	110
BIBLIOGRAFIA	116

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho consiste no exame de alguns aspectos envolvendo o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de competência dos Estados e do Distrito Federal, notadamente a incidência do tributo sobre operações de importação realizadas sob a forma de arrendamento mercantil (leasing).

A Constituição Federal de 1988, desde a sua promulgação, prevê que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre “**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**” (artigo 155, inciso II).

Como se verifica, o aspecto material da hipótese tributária do imposto em questão é a realização de operação relativa à circulação de mercadoria e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Ou seja, para a incidência do imposto é necessário que se verifique a efetiva circulação jurídica da mercadoria, envolvendo, portanto, a transferência de propriedade.

Entretanto, o parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, do artigo 155 da Constituição pátria, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 33/2001, preceitua que o Imposto incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, qualquer que seja a sua finalidade. Nestes termos:

“a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa 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 o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou

serviço;" (g.n.)

Na redação original, o dispositivo estava assim enunciado:

"a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço;"

Aparentemente, o disposto no parágrafo 2º, inciso IX, alínea "a", do artigo 155 da CF, seria contraditório com o inciso II, do mesmo artigo, partindo de que não levaria em consideração se houve ou não a circulação da mercadoria para incidência do imposto.

Todavia, a Constituição deve ser interpretada de forma sistemática, compreendendo-se todo o preceito normativo constituído pelo artigo 155 e seus parágrafos.

Portanto, o disposto no parágrafo 2º, inciso IX, alínea "a", do artigo 155 da CF, não deve ser compreendido isoladamente, como se tratasse de outro imposto, pois não é qualquer bem ou mercadoria procedente do exterior, que será tributado pelo ICMS.

Isto porque, como dito acima, para que ocorra o fato gerador do Imposto é *condição sine qua non* que se concretize a efetiva circulação do bem ou mercadoria, sob pena de ofensa à Constituição Federal.

Assim, a correta interpretação do parágrafo 2º, inciso IX, alínea "a", do artigo 155 da CF, é no sentido de que o Imposto incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, e desde que esse bem ou mercadoria sejam atinentes à operação de circulação.

No âmbito infraconstitucional, o artigo 2º da Lei Complementar nº 87/1996, com redação dada pela Lei Complementar nº 114/2002, também merece ser interpretado nesse mesmo sentido:

“Art. 2º. (...)

§ 1º O imposto incide também:

I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, **qualquer que seja a sua finalidade;**

(...)” (g.n.)

Por sua vez, o inciso VIII, do artigo 3º da Lei Complementar nº 87/1996 dispõe que não incidirá o ICMS em operações de arrendamento mercantil, desde que não ocorra a venda do bem arrendado ao arrendatário, não fazendo referência se essa não incidência também se aplica às operações originárias do exterior.

Contudo, no contrato de leasing, seja ele interno ou internacional, não há circulação de mercadoria, pois não se caracteriza como uma compra e venda mercantil, já que não ocorre a transferência do domínio do bem adquirido.

Assim, a não incidência do ICMS prevista no inciso VIII do artigo 3º da Lei Complementar nº 87/1996 deve ser aplicada também às operações externas, tendo em vista que o fato de o bem ou mercadoria ser importado não descaracteriza o caráter não mercantil da operação.

Ocorre que a matéria não é tão simples como aparenta e o C. Supremo Tribunal Federal, ainda, não se posicionou definitivamente sobre o assunto.

Isso porque, embora tenha reconhecido a não incidência do Imposto sobre as operações de “leasing” referentes à importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves (indústria aeronáutica de grande porte), entendeu que haveria a incidência do Imposto em outros dois casos, envolvendo uma empresa de Mineração e Construção e uma Fábrica de Vidros, em que, aparentemente, os bens importados seriam destinados ao ativo fixo dessas empresas. Para melhor

compreensão do assunto, iremos dividir o posicionamento do C. Supremo Tribunal Federal em quatro fases, confira-se:

Em um primeiro momento, o Tribunal Pleno entendeu que incidiria o ICMS na importação de bens mediante contrato de arrendamento mercantil (RE 206.069).

O Recurso Extraordinário nº 206.069 foi apresentado pela Fazenda do Estado de São Paulo, contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, que considerou indevida a incidência do ICMS na importação de um forno elétrico destinado à recuperação de vidros planos (contribuinte: FANA VID – Fábrica Nacional de Vidros de Segurança Ltda.), mediante contrato de arrendamento mercantil.

Neste caso, em 01/09/2005, a Ministra Ellen Gracie entendeu que a Constituição Federal elegeu o elemento fático “*entrada de mercadoria importada*” como caracterizador da circulação jurídica da mercadoria para incidência do ICMS, sendo desnecessária a verificação da natureza do negócio jurídico ensejador da importação.

Entendeu também que o inciso VIII, do artigo 3º da Lei Complementar nº 87/1996, somente seria aplicável às operações internas, pois “*a opção de compra constante do contrato internacional não está no âmbito da incidência do ICMS, nem o arrendador sediado no exterior é contribuinte. Por essa razão é que a Constituição Federal estabeleceu a entrada da mercadoria importada como fato gerador do imposto*”.

O Ministro Marco Aurélio, em voto-vista, que restou vencido, divergiu da D. Ministra e entendeu que não incidiria o ICMS, pois além de não restar caracterizada a circulação de mercadoria na importação mediante contrato de leasing, não haveria fundamento para sustentar que, em relação ao leasing interno, não haveria a incidência do imposto, mas no tocante ao leasing internacional haveria. Acrescentou também que a Fazenda do Estado só terá direito em cobrar o Imposto quando for feita a opção de compra do bem.

Em um segundo momento, o Tribunal Pleno entendeu que não incide o ICMS na importação de bens mediante contrato de arrendamento mercantil (RE 461.968 e AgRg no RE 553.663).

O Recurso Extraordinário nº 461.968 foi apresentado pela Fazenda do Estado de São Paulo, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, reformando decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, considerou indevida a incidência do ICMS na importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves (contribuinte: TAM Taxi Aéreo Marília S/A), mediante contrato de arrendamento mercantil.

Neste precedente, em 30/05/2007, o Ministro Eros Grau entendeu que “*A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de leasing não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário.*” (...). “*Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas.*”

Já o Agravo Regimental apresentado no Recurso Extraordinário nº 553.663 foi interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, contra decisão monocrática, que, confirmando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, entendeu que não haveria incidência do ICMS na importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves (contribuinte: TL TÁXI AÉREO E LOCAÇÕES DE VEÍCULOS LTDA), mediante contrato de arrendamento mercantil.

Nesta oportunidade, em 18/12/2007, o Ministro Cesar Peluso asseverou que “*A Corte adotou, portanto, o entendimento de que é a natureza jurídica do contrato de arrendamento mercantil (leasing), nas hipóteses de não haver, ao final do ajuste, opção de compra do bem, que determina a não incidência do ICMS obre as importações de aeronaves, peças e equipamentos do exterior.*”

Em um terceiro momento, a Segunda Turma do E. STF afirmou que incide ICMS na importação de bens mediante contrato de arrendamento mercantil (AgRg no RE 556.316).

O Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário nº 556.316 foi apresentado por uma empresa mineira, contra decisão monocrática, que, reformando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, entendeu que haveria a incidência do ICMS na importação de mercadoria decorrente de contrato de leasing internacional (contribuinte: U & M MINERAÇÃO E CONSTRUÇÃO S/A).

Nesta situação, o Ministro Gilmar Mendes, em 01/04/2008, se limitou a afirmar que *“Incide ICMS sobre a entrada de mercadoria importada independentemente da natureza do contrato internacional que motive a importação”* e que *“(...) ao contrário do que entende a agravante, com o julgamento do RE 461.968, Red. Para o acórdão Eros Grau, DJ 14.6.2007, não ocorreu mudança de posicionamento deste Tribunal em relação à matéria (...)”*,

Por fim, em um quarto momento, a Segunda Turma sustentou que não incide ICMS na importação de bens mediante contrato de arrendamento mercantil (AgRg no RE 460.814, AgRg no RE 194.255 e AgRg no AI 686.970).

O Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário nº 460.814 foi apresentado pelo Estado de São Paulo, contra decisão monocrática, que, mantendo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, entendeu que não haveria a incidência do ICMS na importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves (contribuinte: BRASAIR TRANSPORTES AÉREO LTDA), mediante contrato de arrendamento mercantil.

Neste precedente, em 24/06/2008, mesmo havendo previsão de compra do bem pelo arrendatário no contrato de leasing, o Ministro Eros Grau argumentou que *“A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de leasing não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário”*

e que *“Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas.”*

Por sua vez, o Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário nº 194.255 foi proposto pelo Estado de São Paulo, contra decisão monocrática, que, reformando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, asseverou que não haveria a incidência do ICMS na importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves (contribuinte: TAM Taxi Aéreo Marília S/A).

Nesta situação, em 24/06/2008, o Ministro Eros Grau defendeu que *“não basta que, no contrato de leasing, haja a opção de compra o bem pelo arrendatário, mas que essa condição seja efetivamente implementada. Daí porque o tributo não incide sobre a importação de aeronaves, equipamentos e peças mediante contrato de arrendamento mercantil (leasing).”*

Já o Agravo Regimental proposto no Agravo de Instrumento nº 686.970 foi apresentado pelo Estado de São Paulo, contra decisão que conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela empresa TRIP (TRANSPORTE AÉREO REGIONAL DO INTERIOR PAULISTA LTDA), para reconhecer a não incidência do ICMS na importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves, mediante contrato de arrendamento mercantil.

Nesta oportunidade, em 23/06/2009, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que seria aplicável o precedente do RE 461.968 e manteve a decisão monocrática que reconheceu a não incidência do ICMS na importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves, mediante contrato leasing.

Atualmente, desde dezembro/2009, o Recurso Extraordinário nº 226.899, que trata da incidência do ICMS sobre a importação de um avião de pequeno porte, para transporte de diretores e funcionários da Caiuá Serviços de Eletricidade S/A, mediante contrato de arrendamento mercantil, aguarda julgamento pelo Pleno do

Supremo Tribunal Federal.

Nesse precedente, a Ministra Relatora Ellen Gracie, em 04/02/2009, proferiu voto favorável à Fazenda do Estado de São Paulo, entendendo que deveria haver a incidência do ICMS sobre a importação.

Posteriormente, em 02/12/2009, o Ministro Eros Grau proferiu voto negando provimento ao Recurso Extraordinário da Fazenda do Estado de São Paulo, sendo acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Portanto, o estudo do tema mostra-se extremamente relevante, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, até o presente momento, apenas decidiu favoravelmente à indústria aeronáutica de grande porte, sobre operações, segundo afirmação da própria Corte Suprema, em que não é possível a posterior transferência de domínio do bem arrendado (*“A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de leasing não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário.”*).

Nos outros dois casos analisados pelo C. STF (referente a uma empresa de Mineração e Construção e uma Fábrica de Vidros), o julgamento foi totalmente contrário, pois as mercadorias importadas, aparentemente, eram destinadas ao ativo fixo da empresa, o que por si só caracterizaria a incidência do imposto, mesmo antes da opção de compra, segundo entendimento da Corte Suprema. E, por último, **o caso envolvendo a importação de um avião de pequeno porte, para transporte de funcionários de uma empresa de eletricidade, está pendente de julgamento, com um voto favorável a incidência do ICMS e três votos pela não incidência do imposto.**

Diante desse cenário, o presente estudo analisará as operações de importação realizadas mediante contrato de arrendamento mercantil, abordando as espécies e a natureza jurídica desse contrato, com o objetivo de caracterizar ou não

a circulação da mercadoria importada passível de tributação pelo ICMS.

2. O contrato de arrendamento mercantil (“leasing”)

2.1. Terminologia

O leasing (arrendamento mercantil) é um instituto contratual conhecido mundialmente, que foi consagrado, inicialmente, pelo Direito dos Estados Unidos da América. A palavra tem origem na língua inglesa e é composta do verbo *to lease*, que significa alugar, arrendar, e do sufixo *ing*, que tem por finalidade formar substantivos que representam ação verbal, assim a expressão “leasing”, por sua vez, tem significado de locação ou arrendamento¹.

Ao redor do mundo, cada país tem a sua denominação própria para o referido tipo contratual²: Nos Estados Unidos, usam-se as expressões *leasing*, *lease-purchase*, *financial leasing*, *operational renting* ou *lease back*; na Inglaterra é chamado de *hire-purchase*; na França usa-se a expressão *crédit-bail*, ou, eventualmente, *location-financement*, *location de exploitation* e *location operationelle*; na Itália é chamado de *prestito locativo*, *finanziamento di locazione* ou *locazione finanziaria*; na Espanha, *arrendamiento financiero*; na Alemanha, diz-se *operate-leasing-veträgre* ou *finanzierungs-leasing*;

No Brasil, pelo fato de a legislação pátria não admitir estrangeirismos, tentou-se, primeiramente, tratar do instituto como arrendamento mercantil (Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, e Resolução Bacen nº 351, de 17 de novembro de 1975). Entretanto, popularmente, difundiu-se a expressão norte-americana, “leasing”.

O Professor Rodolfo de Camargo Mancuso anota que a Deliberação nº

¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Arrendamento mercantil no Direito Brasileiro**, São Paulo; Ed. RT, 2000, p. 15.

² RIZZARDO, Arnaldo. **Arrendamento mercantil no Direito Brasileiro**, São Paulo; Ed. RT, 2000, p. 17/18

3/76 do Plenário da Junta Comercial do Estado de São Paulo³, ao considerar que “a expressão *leasing* não foi acolhida pelo legislador, e que o seu uso paralelamente a arrendamento mercantil, provoca confusão”, asseverou que seria vetado o uso da expressão “leasing” e seus derivados, tanto na denominação como na indicação do objeto social das empresas que tenham por objeto as operações de arrendamento mercantil (“as pessoas jurídicas que não tenham como objetivo social as operações de arrendamento mercantil não poderão fazer uso desta expressão na denominação, ficando, ainda, vetado o uso da expressão *leasing* e seus derivados, tanto na denominação como na indicação do objeto social” (DOE de 25.09.1976, p. 7)”).

Posteriormente, a Junta Comercial, considerando o uso crescente da expressão inglesa, baixou um Comunicado autorizando que a expressão “leasing” aparecesse juntamente com arrendamento mercantil no nome comercial das sociedades, como expressão fantasia e até mesmo no objeto social. Nestes termos:

“Nada obsta, todavia, a que a expressão *leasing* seja utilizada no nome comercial dessas sociedades, como expressão fantasia, juntamente com a expressão legal ‘arrendamento mercantil’, o mesmo ocorrendo com a indicação do objeto social, em que aquela expressão poderá ser usada complementarmente, vinculada ao arrendamento mercantil (DOE de 19.11.1976, p. 11).”

Todavia, no campo legislativo, nada mudou. A Lei nº 6.099/74, posteriormente, alterada pela Lei nº 7.132 de 26/10/1983, ainda vigente, usa apenas a expressão “arrendamento mercantil”⁴. Igualmente ocorre com a Resolução do

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19

⁴ “Art 1º O tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil rege-se-á pelas disposições desta Lei. Parágrafo único - Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso

Banco Central do Brasil nº 2.309, de 28/08/1996, que no artigo 1º, do seu anexo, regulamentou a prática das operações previstas pela Lei nº 6.099/74, da seguinte forma:

“Art. 1º As operações de arrendamento mercantil com o tratamento tributário previsto na Lei nº 6.099, de 12.09.74, alterada pela Lei nº 7.132, de 26.10.83, somente podem ser realizadas por pessoas jurídicas que tenham como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil, pelos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e pelas instituições financeiras que, nos termos do art. 13 deste Regulamento, estejam autorizadas a contratar operações de arrendamento com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele coligadas ou interdependentes.

Parágrafo único. As operações previstas neste artigo podem ser dos tipos financeiro e operacional.”

Ainda no plano terminológico, é de rigor ressaltar que, pela Lei nº 6.099/74, as partes integrantes do contrato são chamadas de arrendadora (aquela que dá determinado bem em arrendamento) e arrendatária (aquela que recebe o bem em arrendamento). A Resolução do Bacen nº 351, de 17/11/75, adotou as denominações “sociedade arrendadora” e “empresa arrendatária”. Posteriormente, as Resoluções do Bacen nºs 980, de 13/12/84, e 2.309, de 28/08/1996, adotaram as expressões “sociedade de arrendamento” e “arrendatária”.

Em contrapartida, no direito anglo-saxão, as partes do contrato de “leasing” se denominam *lessor* (ou *broker lessor*, ou *banker lessor*), que é o arrendador, e *lessee*, que é o arrendatário⁵.

Por fim, a doutrina e a jurisprudência pátria, utilizam, para denominar o tipo contratual, as expressões arrendamento mercantil ou “leasing” e, para

próprio desta.”

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

denominar as partes envolvidas, utilizam as denominações arrendador(a) e arrendatário(a), o que será observado no desenvolvimento do presente trabalho.

2.2. Origem

A doutrina brasileira encontra dificuldades para esclarecer a maneira e o local em que surgiu o arrendamento mercantil.

Alguns autores sustentam que no Direito Antigo é possível vislumbrar estruturas rudimentares do "leasing". Arnaldo Rizzardo⁶ cita uma norma do Egito, por volta de 3.000 a.c., "*permitindo a um homem rico alugar seus instrumentos de trabalho ou seu escravo a outra pessoa da mesma condição econômica.*"

Outros sustentam que na Grécia⁷ e no Direito Romano⁸ ainda podem ser encontradas formas, mesmo que embrionárias, do arrendamento mercantil.

O doutrinador José Augusto Delgado⁹, citando os ensinamentos do professor Fábio Konder Comparato, assevera que na Idade Média também é possível vislumbrar fatos históricos que se assemelham com o "leasing":

"O Prof. Fábio Konder Comparato vislumbra no censo reservativo da alta Idade Média antecedentes do leasing: "quando os capitais mobiliários escasseavam, a pressão das necessidades criou o senso ou renda fundiária, que dava ensejo à alienação de imóveis sem que o adquirente houvesse de pagar preço à vista, ou a curto prazo. O alienante conservava pelo contrato um autêntico direito real de garantia sobre o imóvel enquanto

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 24

⁷ SAMANEZ, Carlos Patrício. **Leasing - Análise e Avaliação**. São Paulo: Ed. Atlas, 1991, p. 14.

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 23

⁹ **Leasing - Doutrina e Jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 1997, p. 34.

perdurasse o pagamento da renda , que podia ser perpétua". E conclui: "A necessidade de mobilização da riqueza, nesta era das sociedades industriais, faz-se sentir não tanto em relação à terra quanto em relação ao capital técnico no seio da empresa. O contrato de leasing representa assim, mutatis mutandis, uma recriação do velho censo reservativo para as necessidades industriais do momento. Nem é de causar espécie que esta fórmula tendo sido excogitada justamente num ordenamento jurídico de common law, cujas matrizes, como é sabido, são puramente medievais."

Entretanto, entendemos que essas correntes que buscam encontrar origens remotas do arrendamento mercantil parecem não serem apropriadas, pois é relativamente recente o surgimento do problema que o "leasing" busca resolver, qual seja, a necessidade de financiamento e desmobilização de capital, como será exposto a seguir.

De fato, entendemos que o "leasing" teve origem no Século XVIII, com a Revolução Industrial, que se iniciou na Inglaterra e, rapidamente, se expandiu pelo mundo todo. Nessa época, registrou-se uma grande aceleração no processo de desgaste e superação tecnológica dos bens de produção.

Isso porque, o mercado consumidor não parava de crescer e, devido ao incremento também dos meios de comunicação, que despertavam na população o anseio pela aquisição de produtos novos e cada vez mais sofisticados, os empresários eram constantemente obrigados a modernizar os seus parques fabris para acompanhar essa crescente demanda.

E, essa modernização exigia que vultosa quantia de investimentos financeiros fosse aplicada na aquisição de novos maquinários e no implemento de técnicas mais avançadas de produção, o que, por sua vez, acabava comprometendo o capital de giro e acarretando o endividamento da empresa e do empresário, que eram forçados a contrair empréstimos com juros altíssimos.

Frise-se que, inicialmente, a renovação do maquinário se realizava apenas de duas maneiras: (i) compra e venda; e (ii) locação. Entretanto, essas

modalidades, ao longo dos anos, se tornaram desvantajosas para os empresários, pois, se de um lado, na compra do bem, o empresário comprometia seu capital de giro e suportava os ônus da obsolescência do equipamento, de outro, na locação, pagava por algo que jamais seria seu e ainda arcava com as despesas de manutenção.

Nesse sentido, ressaltem-se as preciosas palavras do Professor Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Porque adquirindo o bem, o empresário diminui sua liquidez, compromete seu capital de giro e suporta os inconvenientes da gradual obsolescência do equipamento. Na locação, o empresário não se onera sensivelmente, mas, em contrapartida, não adquire o bem, pagando pelo que jamais será seu e arcando, ainda, com sua conservação (CC, art. 1.192, I; CCo, art. 229). De outra parte, se recorrer a empréstimos, ver-se-á na obrigação de pagar juros elevados, pondo em risco a estabilidade e a credibilidade de se negócio.”

Assim, o contrato de “leasing” surgiu para ser uma alternativa de financiamento para as empresas, com o intuito de otimizar o processo produtivo com a liberação de recursos para o capital de giro, permitindo uma taxa de renovação industrial acelerada, aumentando a produção de bens, com a implementação de novas técnicas e, conseqüentemente, gerando lucro para ambas as partes (o arrendador e o arrendatário).

Nesse aspecto, as primeiras aparições dos contratos com características mais próximas das operações de “leasing” existentes hoje, ocorreram nos Séculos XIX e XX, nos Estados Unidos. Contudo, ainda não havia o caráter de operação financeira para o negócio, pois não havia uma instituição financeira vinculada, sendo que o “locador” era o próprio fabricante do equipamento e não era estabelecida a previsão de compra do bem.

Como exemplo são citadas¹⁰: (i) a companhia americana Bell Telephone Company, que, em 1877, empreendeu um sistema de locação de telefones em grandes

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

proporções; (ii) a IBM (*International Business Machines Co*), (iii) a *United Shoe Machinery Co*; (iv) a *Allied Stores Corporation*, que, em 1945, vendeu seus imóveis a uma fundação universitária e, ao mesmo tempo, os tomou em locação, por um período de 30 anos, com a possibilidade de prorrogação pelo mesmo prazo, mediante aluguel. Tal procedimento foi intitulado *sale and lease-back*; (v) a estruturação das estradas ferros, em que as companhias cediam o uso das ferrovias, mediante remuneração, para recompor os ativos financeiros aplicados na construção das estradas.

Em que pese tais considerações, a grande maioria dos autores, na linha evolutiva do contrato de “leasing”, indica dois fatos históricos ocorridos nos Estados Unidos que teriam dado origem ao instituto: o *Lend and Lease Act*, de 11.03.1941 e o episódio envolvendo o empresário D. P. Boothe Júnior, em 1952.

Os Estados Unidos, durante a Segunda Guerra Mundial, com a promulgação do chamado *Lend and Lease Act*, pelo então presidente Roosevelt, pretenderam desenvolver uma política de empréstimos de material bélico em favor de países aliados, que deveriam ser devolvidos no final do prazo ou adquiridos por um preço já estabelecido pelas partes. Ou seja, o governo americano emprestava equipamentos bélicos aos seus aliados, sob a condição de acabada a guerra, serem eles adquiridos ou devolvidos.

Todavia, esse fato histórico, pelas condições que o cercaram, não pode ser tratado como uma operação de arrendamento mercantil propriamente dita. A uma porque, o negócio era celebrado entre Estados e não particulares. A duas porque, não possuía caráter de operação financeira, uma vez que o contrato era celebrado entre chefes de Governo objetivando um objetivo comum, qual seja, o sucesso dos países aliados na 2ª Guerra Mundial.

O doutrinador Arnaldo Wald aponta também que a lei norte-americana "*não assegurava a propriedade do material emprestado ao país que o recebia, estabelecendo até restrições ao uso do material decorrente das operações previstas no Lend and Lease Act*".¹¹

¹¹ **Histórico e desenvolvimento do leasing.** Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 250, 1975, p. 28.

Nesse mesmo sentido, José Augusto Delgado anota que "*a transação havida não passava de um empréstimo com cláusulas limitativas de uso e opção de compra que representava, em caso de desaparecimento do material de guerra, indenização do valor da coisa objeto do empréstimo*".¹²

Posteriormente, em 1952, é que surgiu o marco decisivo para a criação do "leasing", de fato, com uma estrutura aproximada à que é utilizada hoje pelo setor empresarial, quando D. P. Boothe Jr., proprietário de uma fábrica de produtos alimentícios na Califórnia, necessitando cumprir um grandioso contrato de fornecimento firmado com o Exército, e não possuindo disponibilidade financeira para adquirir novos e melhores equipamentos para atender a demanda, obteve em locação os bens de produção de que precisava.

Sobre esse assunto, Caio Mário da Silva Pereira, anota que:

*"Todos os que trataram do assunto narram que um certo Sr. Boothe celebrou, após o término da II Guerra Mundial, um contrato para fornecimento de gêneros alimentícios com o exército americano. Após a assinatura, verificou que o volume excedia a sua capacidade operacional. Como solução, firmou com um banco outro contrato para que este comprasse os equipamentos de que necessitava. A operação teve êxito que ele desistiu de ser fornecedor de gêneros alimentícios, dedicando-se à nova atividade. Daí nasceu a idéia do leasing (do verbo to lease, alugar) e originou-se a primeira empresa americana no Gênero: US Leasing Company."*¹³

Como citou Caio Mário, tempos mais tarde, Boothe Jr. constituiu a *US Leasing Company* e a *Boothe Leasing Corporation*, empresas americanas destinadas ao aluguel de equipamentos.

Os Estados Unidos viviam naquela época uma situação econômica específica que favorecia a evolução e o aperfeiçoamento do instituto, que como

¹² **A caracterização do leasing e seus efeitos jurídicos.** Revista de Direito Forense 269/4.

¹³ **Leasing (arrendamento mercantil).** Revista Forense, v. 287, p. 7.

leciona Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁴, era devida aos seguintes fatores:

"Tornando à evolução do instituto nos Estados Unidos, impende reconhecer que, historicamente, registrava-se uma conjuntura socioeconômica muito favorável ao surgimento de uma figura negocial inovadora e atraente, como o leasing, a saber: a) mercado de capitais a médio prazo, restrito e muito oneroso; b) legislação fiscal excessivamente rigorosa em matéria de amortizações; c) paralelamente, um surto de prosperidade econômica no país, com altos índices de lucratividade; d) sensível obsolescência dos bens produtivos, devido ao rápido avanço tecnológico; e) incentivos diversos, inclusive permitindo ao locatário abater os aluguéis do imposto sobre a renda; f) vantagens contábeis, dentre as quais a circunstância de um contrato como o leasing não figurar no balanço."

José Wilson Nogueira de Queiróz¹⁵, também, aponta alguns fatores que levaram ao progresso dessa atividade nos Estados Unidos: "*a) restrição e inacessibilidade do mercado de capitais a prazo médio; b) fiscalização demasiadamente severa com taxas de lucro substancial; c) economia em franca prosperidade com taxas de lucro substancial; d) empresas compelidas a uma renovação rápida de seus equipamentos, em face do célere progresso científico.*"

E foi a partir desses últimos acontecimentos que o caráter de operação financeira começava a nascer, despertando o interesse de muitos outros países em também adotar a forma contratual de arrendamento mercantil, com a finalidade de liberar recursos para o capital de giro das empresas.

Nesse contexto, o "leasing" espalhou rapidamente pelo mundo, registrando Arnaldo Wald¹⁶ que:

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 85

¹⁵ **Arrendamento Mercantil (Leasing)**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 12, *apud* RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 26.

¹⁶ **Histórico e desenvolvimento do leasing**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 250, p. 29

"Desde 1960, a França, a Inglaterra, a Alemanha, a Bélgica, a Itália e a Suíça conhecem as suas primeiras empresas de leasing, sob as formas mais variadas. Muito rapidamente, o instituto alcança a Escandinávia e chega até a Hungria. Em 1965, surgem as primeiras companhias de leasing na Tunísia, em Marrocos e na África do Sul."

No Brasil, sustenta-se¹⁷ que, na década de 60, empresas locadoras realizaram operações assemelhadas ao arrendamento mercantil. Dizem que os primeiros contratos foram efetivados pela empresa *Rent-a-Maq*, de propriedade do Sr. Carlos Maria Monteiro, uma pequena empresa independente, localizada em São Paulo. Porém, não havia ainda no Brasil regulamentação específica sobre o instituto, notadamente quanto aos aspectos fiscais que deveriam ser observados, o que prejudicou a rápida expansão do setor. Outros fatores que podem ser citados como inibidores à implantação do novo tipo contratual foram os altos custos financeiros e a aplicação de técnicas rudimentares.

Contudo, em função da crescente expansão industrial e comercial ocorrida no fim da década de 60, somada a uma apurada técnica financeira, foi possível obter-se uma participação de maior importância do "leasing" no mercado nacional.

Assim, observando que o contrato de "leasing" implicava em uma operação financeira, cujos maiores benefícios eram fiscais, o legislador tomou por bem regulá-lo, ainda que meramente para efeitos tributários. Isso ocorreu em 1974, com a Lei nº 6.099, que dispõe "*sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências*".

Antes disso, porém, já havia sido fundada, em 1970, a Associação Brasileira das Empresas de "leasing" (ABEL), que visava:

¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 34.

"à atuação conjunta de seus pioneiros, à regulamentação do instituto pelo legislador, ao saneamento das dúvidas existentes quanto à tributação da operação (mola mestra para o seu desenvolvimento), sua divulgação como uma atraente forma de financiamento de bens que normalmente seriam incluídos no ativo fixo das empresas, além de outras atividades salutares."¹⁸

A partir daí, o “leasing” passou a ter larga aceitação no mercado nacional, difundindo-se em todos os setores econômicos, em razão das grandes vantagens que oferece.

E, segundo informações contidas no endereço eletrônico da ABEL, foi em 1990, que houve a efetiva consolidação do instituto no Brasil, veja-se:

"Era início dos anos 1990. De um lado, o Plano Collor, concebido para conter as crescentes ameaças de desestabilização vividas no passado recente. De outro, a abertura do mercado brasileiro às exportações, aliada à necessidade de modernização da indústria nacional, dava fôlego ao setor, que pretendia ampliar seu potencial por meio das modalidades leasing internacional e exportação."¹⁹

Atualmente, ainda de acordo com o endereço eletrônico da ABEL, existem estatísticas recentes da evolução de novos negócios de arrendamento mercantil no Brasil, sendo que o quantitativo de contratos passou de 4.347.940 (quatro milhões, trezentos e quarenta e sete mil, novecentos e quarenta), em janeiro de 2009, para 5.080.521 (cinco milhões, oitenta mil, quinhentos e vinte e um), em setembro do mesmo ano.²⁰

Como se vê, esses números demonstram a grande aceitação do contrato de “leasing” na economia brasileira.

¹⁸ BENJÓ, Celso. **O Leasing na sistemática jurídica nacional e internacional**. Revista Forense, v. 274, p. 23.

¹⁹ **Artigos Institucionais: O leasing e o tempo**. Disponível em: www.leasingabel.org.br. Acesso em: 20/12/2009.

²⁰ **Estatísticas do setor**. Disponível em: www.leasingabel.org.br. Acesso em: 20/12/2009.

2.3. Conceito e Natureza jurídica

A legislação brasileira, por meio da Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, posteriormente, alterada pela Lei nº 7.132, de 26 de outubro de 1983, define o termo arrendamento mercantil da seguinte forma:

“Art. 1º. (...)

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

Nessa conceituação originária, tanto o arrendador, como o arrendatário, deveriam ser pessoas jurídicas. Frise-se que tal situação somente foi alterada, com a nova redação do dispositivo, dada pela Lei nº 7.132/83, que permitiu que o arrendatário fosse pessoa física, mas, de acordo com a Resolução do Banco Central nº 980, vigente àquela época, somente as pessoas físicas que fossem produtivas poderiam ter acesso ao negócio. Após muitos anos, apenas com a publicação da Resolução 2.309, de 28 de agosto de 1996, é que as pessoas físicas em geral passaram a também ter acesso ao contrato de arrendamento mercantil.

Segundo Fran Martins, *“entende-se por arrendamento mercantil ou leasing o contrato segundo o qual uma pessoa jurídica arrenda a uma pessoa física ou jurídica, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o contrato, mediante um preço residual previamente fixado”*.²¹

Para Maria Helena Diniz, o contrato de arrendamento mercantil pode ser definido da seguinte maneira:

²¹ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. Rio de Janeiro: Forense. 2002, p. 449.

"O financial leasing norte americano, crédit-bail dos franceses, hire-purchase dos ingleses, locazione finanziaria dos italianos, traduzido por arrendamento mercantil, é o contrato pela qual uma pessoa jurídica ou física, pretendendo utilizar determinado equipamento, comercial ou industrial, ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira o adquira, arrendando-o ao interessado por tempo determinado, possibilitando-se ao arrendatário, findo tal prazo, optar entre a devolução do bem, a renovação do arrendamento, ou a aquisição do bem arrendado mediante um preço residual previamente fixado no contrato, isto é, o que fica após a dedução das prestações até então pagas".²²

Por sua vez, Arnaldo Wald²³ define o "leasing" de maneira semelhante a adotada pela Professora Maria Helena Diniz:

"O leasing é um contrato pelo qual uma empresa, desejando utilizar determinado equipamento, ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o referido bem, alugando-o ao interessado por prazo certo, admitindo-se que, 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."

O doutrinador italiano Roberto Ruozi²⁴ é elucidativo ao afirmar que o contrato de arrendamento mercantil é uma operação de financiamento a médio ou longo prazo, fundamentada em um contrato de locação de bens móveis ou imóveis. Um intermediário financeiro integra essa operação, intervindo entre o produtor do bem objeto do contrato e a empresa que dele necessita, adquirindo do primeiro o referido bem e cedendo-o em locação à segunda, a qual se obriga, irretratavelmente, a pagar ao intermediário financeiro um determinado número de prestações periódicas, por conta de uma importância global, superior ao custo dos bens, cuja propriedade, ao término do contrato, pode ser transferida a título oneroso,

²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995, 431.

²³ **A introdução do leasing no Brasil**. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 41, p. 10.

²⁴ *Apud* RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p. 21/22.

do intermediário financeiro à empresa locatária, por iniciativa desta última.

Por outro lado, da simples leitura dos conceitos acima expostos, verifica-se que o contrato de “leasing” é constituído de uma pluralidade de relações obrigacionais. Nesse aspecto, Claude Champaud vislumbra cinco figuras negociais: (i) uma promessa sinalagmática de locação; (ii) uma relação de mandato; (iii) uma locação de coisas; (iv) uma promessa unilateral de venda; e, eventualmente, (v) uma venda.²⁵

A (i) promessa sinalagmática de locação consiste em uma promessa inicial, envolvendo a empresa locadora, que se compromete a adquirir e a locar o bem, e a empresa locatária, que se compromete a arrendá-lo.

A (ii) relação de mandato decorre do fato de que a empresa locadora outorgará poderes à empresa locatária. Como nos leciona Arnaldo Rizzardo, *"embora pareça estranho, a locadora ou a arrendadora é a mandante, (...). Os poderes são de representação quanto à conferência do material adquirido, ao exame de suas características técnicas e qualidades. Não cabe, pois, à empresa de leasing aprovar o equipamento, definir as suas condições de serventia. Compete-lhe apenas a aquisição, ou, em última instância, o financiamento. Serão os profissionais da locatária que examinarão o bem e concluirão no tocante à aprovação."*²⁶

Já (iii) a locação de coisas refere-se ao fato de haver uma contraprestação periódica para uso do bem. Arnaldo Wald²⁷, embora, também, reconheça que há uma locação de coisas no “leasing”, assinala algumas diferenças entre os dois institutos, que merecem destaque, nestes termos:

²⁵ *Apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 56.

²⁷ **Curso de Direito Civil Brasileiro - Obrigações e Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., p. 361.

"Findo o prazo, salvo acordo ou leis especiais, a coisa deve ser devolvida, ficando extinto o contrato. No leasing há uma tríplice opção para o usuário: a) renovar a locação; b) adquirir o material; c) restituí-lo. Por outro lado: a) na locação, o risco da coisa é do locador (art. 1.190 do Código Civil); no leasing, é do arrendatário; b) na locação, o aluguel corresponde (ou deve corresponder) ao uso e gozo da coisa; no leasing, as prestações são altas, porque garantem também amortização e custos do financiamento; c) na locação finda, a coisa deve ser restituída; no leasing, o arrendatário tem opção: renova, restitui ou compra a coisa pelo preço residual; d) na locação, o locador deve garantir o uso pacífico da coisa; no leasing, ficam por conta do usuário as medidas para a defesa; e) na locação pode haver denúncia vazia; no leasing, não; f) na locação, há apenas um contrato entre o locador e o locatário e, raramente apenas, o locador não é o dono da coisa locada; no leasing, a financeira adquire a coisa especialmente para o usuário".

Por sua vez, (iv) a promessa unilateral de venda revela-se no fato de que o arrendador assume o ônus de vender o bem objeto do contrato de arrendamento mercantil, caso o arrendatário assim o queira, não se permitindo arrependimento.

Por fim, a eventual (v) venda do bem é decorrência lógica do elemento contratual exposto no parágrafo acima, onde é facultado ao arrendatário adquirir o bem, mediante determinado preço.

Assim, por todos os elementos descritos acima e somado ao fato de que a Lei nº 6.099/74 não define o conteúdo jurídico do contrato de arrendamento mercantil, mas apenas os aspectos tributários deste, a doutrina encontra grande dificuldade em dirimir a sua real natureza jurídica. A dúvida é no sentido de se o referido contrato tem natureza de locação/mandato/mútuo (obrigação de fazer), ou de compra e venda (obrigação de dar) ou ainda, se é um contrato misto (obrigação de fazer conjugada com obrigação de dar).

Com efeito, a natureza jurídica do contrato de arrendamento mercantil é bastante controvertida, podendo-se dividir as correntes doutrinárias existentes sobre o assunto em 3 (três) grandes grupos: o primeiro entende que ele é um negócio jurídico

direto e complexo, o segundo sustenta que ele é um negócio jurídico indireto e o terceiro que o considera como um contrato misto.²⁸

Para o primeiro grupo, o contrato de “leasing” é um conjunto de obrigações coligadas (a locação, a promessa de compra e venda, a compra e venda a prestação, e o financiamento), sendo que os elementos agregados se unem, mas não perdem a sua singularidade.

Ou seja, nessa hipótese há uma união de contratos, caracterizados pela coexistência, em um mesmo instrumento, de diversas obrigações simplesmente justapostas, sem a existência de qualquer vínculo entre elas, de modo que se alguma dessas obrigações não for cumprida, for anulada ou rescindida, não haverá prejuízo para as demais.

Embora entendamos não ser essa a natureza jurídica do contrato de “leasing” -, pois, a nosso ver, as obrigações inseridas nesse tipo contratual formam uma unidade indissolúvel -, alguns autores a sustentam, como abaixo se demonstra.

O doutrinador Fran Martins, adepto dessa corrente, explica que o contrato em questão é de natureza complexa “compreendendo uma locação, uma promessa unilateral de venda (em virtude de dar o arrendador opção de aquisição do bem pelo arrendatário) e, às vezes, um mandato, quando é o próprio arrendatário quem trata com o vendedor na escolha do bem”.²⁹

P. R. Tavares Paes³⁰ também admite a natureza “*complexa, abrangendo uma locação, uma compra e venda (que não é essencial no leasing, pois existe sem essa opção, eventualmente um mandato.*”

²⁸ RIBEIRO, Mary Carla Silva. **O Arrendamento Mercantil Financeiro na Administração Pública**. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, 2006, p. 35.

²⁹ MARTINS, Fran. **Contatos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.459.

³⁰ PAES, P. R. Tavares. **Leasing**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 21.

Já o segundo grupo, representado por Mauro Brandão Lopes³¹, afirma que contrato de arrendamento mercantil "*trata-se de negócio indireto, de plena valia, e de manifesta utilidade, pela economia de esforços que traz à construção jurídica de institutos novos. Há negócio indireto quando as partes recorrem, em determinado caso concreto, a um contrato especial, nominado, para conseguir, por meio dele, não somente os seus efeitos normais mas também fim diverso daquele que decorreria de sua estrutura peculiar. É exatamente o caso do leasing: os efeitos normais de contrato de arrendamento são desejados pelas partes, e por meio dele, com fim direto, querem também o financiamento, que é a razão de ser do negócio jurídico.*"

Essa corrente é citada por pouquíssimos doutrinadores e dela também discordamos.

Por fim, o terceiro grupo, que nos parece ser o mais razoável e com maior aceitação pelos doutrinadores, sustenta que o "leasing" é um contrato de natureza mista, de maneira que os vários elementos integrados se fundem, para formar uma nova figura negocial. E é exatamente isso que o diferencia do contrato complexo, em que, como acima afirmado, os elementos se unem, mas não perdem sua singularidade.

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo defende que, "*de início, o contrato é atípico, eis que formado à margem da conceituação legal então existente. Depois, se acrescentados elementos de contratos já existentes e regulados por lei, o novo contrato se denomina misto. Não que seja desconstituída uma forma disciplinada pela lei, mas seus componentes se fundem com outros regramentos fazendo exsurgir uma nova figura.*"³²

Para Caio Mário³³, é "*uma espécie de 'locação-venda' (locatio mixta cum*

³¹ **Natureza Jurídica do Leasing**. Revista de Direito Mercantil, v. 14, p. 38.

³² RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 144

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10ª ed., v. 3. Rio de Janeiro:

venditione).”

Já Arnaldo Wald³⁴ diz que: *“trata-se, na realidade, de uma fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação, exercendo função parecida com a da venda com reserva de domínio e com a alienação fiduciária, embora oferecendo ao utilizador do bem maior leque de alternativas no caso de não querer ficar com a propriedade do equipamento após um primeiro prazo de utilização.”*

Por sua vez, Waldirio Bulgarelli traz precisos ensinamentos sobre o contrato de arrendamento mercantil, concordando ser ele um contrato de natureza mista, cujo elemento preponderante é a locação, veja-se:

“Estruturalmente, a sequência das obrigações decorrentes do contrato de leasing caracteriza-o muito mais como misto do que como um contrato complexo. Nele estão contidos elementos de contratos típicos, devidamente ajustados numa unidade. A entrega do bem, em locação, por prazo determinado, mediante o pagamento de uma quota fixada, de comum acordo, é elemento típico do contrato de locação; a possibilidade de o locatário, ao término continuar a locação ou dá-la por terminada, também; o que há de atípico é a forma de fixar o preço em caso de exercício de opção de compra. Assim sendo, afigura-se na sua conformação, cujo elemento preponderante, é sem dúvida, a locação, até que seja definitivamente tipificado no ordenamento legal.”

E tem razão Waldírio Bulgarelli, quando afirma ser a locação o elemento preponderante do contrato do arrendamento mercantil. Isso porque, conforme se verifica do artigo 10 da Resolução nº 2.309/96, *“a operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda a prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo estabelecido no artigo 8º deste Regulamento.”*

Ou seja, a operação de “leasing” somente será considerada como de

Forense, 1997, p. 147.

³⁴ **A introdução do leasing no Brasil.** Revista do Tribunais, v. 415, 1970, p. 9/14.

compra e venda, caso a opção de compra seja exercida antes do término contratual. O que significa dizer que, *a contrario sensu*, caso não seja exercida a opção de compra, ou mesmo que ela seja exercida, após a expiração do prazo contratual, a operação de arrendamento mercantil terá como elemento preponderante sempre a locação e não a compra e venda.

Assim, a nosso ver, o contrato de “leasing” se inclui na categoria dos contratos mistos, pois nele há a coexistência de obrigações referentes a tipos diversos de contratos (financiamento e locação, com cláusula especial de compra e venda), formando uma operação econômica unitária indissolúvel, que perde a sua função, caso haja o descumprimento ou inexistência de qualquer dos elementos que a compõem, e, por fim, tendo como elemento preponderante a locação.

No que se refere à formação de uma operação econômica unitária, os doutrinadores a denominam de “unidade de causa”, que é a principal característica dos contratos mistos, onde a tríade obrigacional (locação, cláusula adjeta de compra futura e eventual e o aporte financeiro) é qualificada pela unidade de causa, qual seja o financiamento de bens de produção.³⁵

No mais, não há dúvidas de que o contrato de arrendamento mercantil caracteriza-se por ser contrato bilateral ou sinalagmático, oneroso, comutativo, consensual, por tempo determinado, de execução sucessiva, *intuitu personae* e, geralmente, de adesão.

À propósito, vale ser citada a definição trazida por Waldirio Bulgarelli, que entende ser o “leasing” “*um contrato consensual, bilateral, oneroso e de execução sucessiva, e firmado intuitu personae*”

No mesmo sentido, José Francisco Lopes de Miranda Leão³⁶, vê no

³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

³⁶ **Leasing**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais 3, 1998, p. 99/100.

contrato de arrendamento mercantil:

"um contrato de natureza pessoal, principal, não solene, patrimonial, bilateral, oneroso e sinalagmático, cujo objeto é estabelecer a obrigação do arrendador de adquirir e dar em arrendamento único um bem fungível, de escolha exclusiva do arrendatário e para uso deste, por tempo pré-determinado, consistindo a sua remuneração na somatória das contraprestações ajustadas como valor residual do bem, que, por sua vez, poderá ser pré-estabelecido, asseguradas ao arrendatário, ao final do prazo contratual, as opções de (a) adquirir o bem usado pelo valor residual, ou (b) devolver o bem ao arrendador para que seja vendido a terceiro, ou (c) renovar o arrendamento por novo período."

De fato, o contrato é bilateral ou sinalagmático, pois há a ocorrência de reciprocidade de obrigações entre as partes, que deverão ser fielmente cumpridas para se manter, até o fim, a relação jurídica firmada. Daí advir a bilateralidade, ou o concurso de vontades em sentido oposto, com a finalidade delas se encontrarem, pois são criadas obrigações para a arrendadora e a arrendatária.³⁷

É oneroso, pois é estabelecida uma prestação, geralmente, mais onerosa do que a fixada em outros contratos semelhantes, em contraprestação ao desgaste do uso, a locação propriamente dita e a amortização de parte do valor do bem.

Nesse aspecto, Arnaldo Wald afirma que *"na realidade, os alugueis são mais altos que os existentes na locação comum, pois visam a garantir em prazo contratual determinado, a amortização do preço do equipamento acrescido dos custos administrativos e financeiros e do lucro da companhia de leasing"*.³⁸

É comutativo, uma vez que os benefícios e obrigações das partes envolvidas devem estar no mesmo grau ou em proporção equivalente. Ou seja, há a

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.63

³⁸ **Da ilicitude da inclusão da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil**. RT 591/18.

correspondência de direitos e deveres para ambos os partícipes da relação contratual.

É consensual, pois não há rigorismo quanto a sua instrumentalização. De fato, o artigo 7º da Resolução nº 2.309 estatui que os contratos poderão ser formalizados por instrumento público ou particular mediante, propostas, compromissos, notas de transações comerciais ou fiscais, duplicatas etc. Na prática, o que ocorre é a discriminação das obrigações, por escrito, mediante cláusulas e conteúdos adesivos.

Por outro lado, embora se dê liberdade quanto à forma de exteriorização do contrato, o que lhe confere uma feição consensual, como acima exposto, é de rigor ressaltar que, ao mesmo tempo, a Resolução nº 2.309/96, com redação dada pela Resolução nº 2.659/99, relaciona certos elementos que deverão obrigatoriamente constar no contrato de "leasing", imprimindo-lhe, dessa forma, caráter nitidamente formalista, veja-se:

I - a descrição dos bens que constituem o objeto do contrato, com todas as características que permitam sua perfeita identificação;

II - o prazo de arrendamento;

III - o valor das contraprestações ou a fórmula de cálculo das contraprestações, bem como o critério para seu reajuste;

IV - a forma de pagamento das contraprestações por períodos determinados, não superiores a 1 (um) semestre, salvo no caso de operações que beneficiem atividades rurais, quando o pagamento pode ser fixado por períodos não superiores a 1 (um) ano;

V - as condições para o exercício por parte da arrendatária do direito de optar pela renovação do contrato, pela devolução dos bens ou pela aquisição dos bens arrendados;

VI - a concessão a arrendatária de opção de compra dos bens arrendados, devendo ser estabelecido o preço para seu exercício ou critério utilizável na sua fixação;

VII - as despesas e os encargos adicionais, inclusive despesas de assistência técnica, manutenção e serviços inerentes à operacionalidade dos bens arrendados, admitindo-se, ainda, para o arrendamento mercantil financeiro:

a) a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual garantido o exercício da opção de compra;

b) o reajuste do preço estabelecido para a opção de compra e o valor residual garantido;

VIII - as condições para eventual substituição dos bens arrendados, inclusive na ocorrência de sinistro, por outros da mesma natureza, que melhor atendam às conveniências da arrendatária, devendo a substituição ser formalizada por intermédio de aditivo contratual;

IX - as demais responsabilidades que vierem a ser convencionadas, em decorrência de:

a) uso indevido ou impróprio dos bens arrendados;

b) seguro previsto para cobertura de risco dos bens arrendados;

c) danos causados a terceiros pelo uso dos bens;

d) ônus advindos de vícios dos bens arrendados;

X - a faculdade de a arrendadora vistoriar os bens objeto de arrendamento e de exigir da arrendatária a adoção de providências indispensáveis a preservação da integridade dos referidos bens;

XI - as obrigações da arrendatária, nas hipóteses de:

a) inadimplemento, limitada a multa de mora a 2% (dois por cento) do valor em atraso.

b) destruição, perecimento ou desaparecimento dos bens arrendados;

XII - a faculdade de a arrendatária transferir a terceiros no País, desde que haja anuência expressa da entidade arrendadora, os seus direitos e obrigações decorrentes do contrato, com ou sem corresponsabilidade solidária."

Outrossim, o contrato é por tempo determinado, pelo fato de que a lei determina que seja definido prazo para sua duração (artigo 5º, "a", da Lei nº 6.099/74).

É de execução sucessiva, pois as obrigações de cada lado da obrigação bilateral se prolongam por certo período de tempo. O arrendatário satisfará o preço ao longo de um prazo considerável, de forma periódica, podendo-se dizer, ainda, que o contrato é de execução sucessiva periódica. Por outro lado, a arrendadora terá que manter o uso e o gozo dos bens ao arrendatário por período longo de tempo, de forma continuada, podendo-se dizer, também, que o contrato é de

execução sucessiva e continuada.

É *intuitu personae*, pois deve ser executado pelas partes contratantes, sendo que para que haja a substituição de qualquer uma delas, o assentimento deve ser previamente estipulado.

Por fim, é, geralmente, um contrato de adesão, tendo em vista que as cláusulas nele contidas são uniformizadas e previamente postas unilateralmente pelo arrendador. O arrendatário não interfere na formulação das condições, cabendo a ele somente aceitar ou recusar a celebração do contrato, exceto no que se refere ao prazo e ao valor das prestações, em que poderá haver certa margem de discussão.

Explicando melhor o tipo contratual, Orlando Gomes assevera que "*é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas*".³⁹

Diante de todo o exposto, podemos concluir que o contrato de arrendamento mercantil tem natureza jurídica mista, que une elementos do contrato de locação, financiamento e com cláusula especial de compra e venda, formando uma tríade obrigacional una e indivisível, podendo-se dizer também que ele se caracteriza por ser um contrato bilateral ou sinalagmático, oneroso, comutativo, consensual, por tempo determinado, de execução sucessiva, *intuitu personae* e, geralmente, de adesão.

2.4 Modalidades

Nesse tópico passaremos a expor as modalidades de "leasing" existentes

³⁹ **Contrato de Adesão**. São Paulo: RT, 1972, p. 3.

em nosso ordenamento jurídico, quais sejam: arrendamento mercantil operacional, arrendamento mercantil financeiro, arrendamento mercantil contratado com o próprio vendedor e arrendamento mercantil contratado com empresas do mesmo grupo financeiro.

Preliminarmente, na análise do arrendamento mercantil e suas modalidades, é importante fazer um breve resumo sobre as três pessoas envolvidas nessa operação, quais sejam o fornecedor, o arrendador e o arrendatário.

O fornecedor é aquele que fabrica ou importa o bem que será objeto do contrato de “leasing”. Todavia ele não é elemento integrante do contrato de arrendamento mercantil, que se estabelece apenas entre arrendador e arrendatário, nem, tampouco, pode ser considerado essencial ao contrato, pois há tipos de “leasing” em que efetivamente não há fornecedor (*sale and lease back*).

Já o arrendador é, em regra, uma empresa de “leasing” (pessoa jurídica) ou, eventualmente, uma pessoa física (nos casos previstos pelas Resoluções do Banco Central), que comprará em seu nome o bem, exatamente dentro das especificações exigidas pelo arrendatário, e o arrendará a este. Todavia, em que pese as características do bem a ser adquirido serem definidas pelo arrendador, todas as outras cláusulas, como forma de pagamento, valor da entrada, garantias de pagamento, são estabelecidas entre arrendador e fornecedor. Por fim, é o arrendador que receberá os valores mensais do arrendatário.

Por outro lado, o arrendatário, pessoa física ou jurídica, é quem escolhe as especificações do bem que será adquirido junto ao fornecedor, recebe-o deste e faz uso dele mediante o pagamento de valores mensais por um período de tempo determinado contratualmente. O arrendatário não é proprietário, mas mero possuidor, que pode gozar e usufruir do bem durante a vigência do contrato. A ele, com o término do prazo contratual, compete optar entre duas possibilidades: a renovação contratual, descontada a taxa de depreciação do bem; ou a extinção do contrato, seja pela aquisição do bem (nos tipos em que ela é prevista), mediante o pagamento do valor residual ou pelo simples encerramento do contrato por decurso

de prazo.

Feitas essas considerações preliminares, a seguir, discorreremos sobre cada modalidade do contrato de arrendamento mercantil.

2.4.1 O “leasing” operacional

O arrendamento mercantil operacional ou *operational leasing* é uma locação de bens, com cláusulas de prestação de serviços e de opção de compra, com possibilidade de rescisão a qualquer tempo. Fran Martins explica que esse contrato é “*aquele em que uma empresa, proprietária de certos bens, os dá em arrendamento à pessoa, mediante o pagamento de prestações determinadas, incumbindo-se, entretanto, o proprietário dos bens a prestar assistência técnica ao arrendatário durante o período do arrendamento*”⁴⁰.

Como assevera Arnaldo Rizzardo, ao que parece, essa foi a primeira forma de “leasing” que surgiu, por volta de 1920, quando as indústrias norte-americanas alugavam seus produtos, com a finalidade de assegurar o escoamento e com o comprometimento de fornecer uma prestação de serviços de conservação das máquinas. Nessa hipótese, não havia nenhum intermediário, apenas duas figuras participavam da relação jurídica: o locador, que era o promitente vendedor e fabricante ou produtor do bem; e o locatário, que era o titular da opção de compra e a quem era entregue a posse.⁴¹

Muitos autores consideram sinônimas as expressões “leasing” operacional e *renting*, que seria uma operação de locação procedida pelo próprio fabricante ou proprietário do bem.

⁴⁰ **Contatos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 455

⁴¹ **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38

Todavia, Rodolfo Mancuso observa que "*no rigor terminológico, talvez conviesse distinguir, de um lado, o renting - locação procedida pelo próprio fabricante ou proprietário do bem - e, de outro, o leasing operacional - operação mais complexa, que já pressupõe a intercessão de um elemento financeiro.*" E citando Antonio da Silva Cabral continua discorrendo que:⁴²

"A cessão do uso poderá ser compensada por um simples aluguel ou operar-se através de uma atividade financeira. No primeiro caso, há a locação no sentido tradicional ou de acordo com a expressão americana, o *renting*; no segundo ter-se-á o arrendamento universalmente apelidado de *leasing*. É este tipo de arrendamento considerado, pelo autor, uma subespécie do financial leasing, que será estuda a seguir. De outro lado, observa que é 'notoriamente utilizado para bens de fácil colocação no mercado e que apresentam obsolescência precoce, v.g., material eletrônico, máquina fotostática, automóveis, estes considerados individualmente (*single leasing*) ou em frota (*flootem leasing*)'."

Para José Wilson Nogueira de Queiroz, os seguintes aspectos sobressaem do contrato de *renting* são:

- a) O arrendador é o fabricante ou o importador do instrumento. O *renting*, ou também *rental*, portanto, envolve bens locados diretamente pelo industrial, ou importador, contendo a opção de compra no final do contrato.
- b) A duração do contrato prolonga-se pelo tempo de necessidade de uso imposto de acordo com a atividade que se desenvolve. Daí dizer-se que se trata de uma operação dirigida à prestação de serviços.
- c) A empresa locatária recebe a assistência técnica da locadora, que fabricou o instrumento e tem, pois, condições de atender tal reclamo. Dará ela treinamento aos operadores das máquinas, efetuará os reparos ou consertos e cuidará da manutenção e revisão periódica.
- d) Não há interveniência de empresa ou instituição financeira. Figuram no pólo contratual a fornecedora, que é a fabricante ou importadora, e a locatária, que aproveita os serviços ou a utilidade do equipamento.
- e) O locador assume os riscos acarretados pelo equipamento, especialmente no que se refere à tecnologia, à obsolescência e ao mercado.

⁴² **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 56/57.

- f) Os equipamentos mais procurados neste tipo de arrendamento consistem em veículos leves ou pesados, máquinas de reproduções e eletrônicas, e materiais standardizados, geralmente mantidos em estoque pelo locador.
- g) Prescinde-se da opção de compra.
- h) O mesmo instrumentário pode ser locado por diversas vezes e a locatários diferentes.
- i) É rescindível a convenção pelo locatário a qualquer tempo."⁴³

E, dentre as características básicas do “leasing” operacional, destacam-se:

- "a) o mesmo material pode ser alugado várias vezes a locatários diversos;
- b) o locador presta serviços de manutenção da coisa locada;
- c) é dispensável a intervenção de instituição financeira (mas, atualmente, essa prática vem se tornando frequente);
- d) tem por objeto materiais standardizados, geralmente mantidos em estoque pelo locador;
- e) a opção de compra deve corresponder ao valor de mercado do bem arrendado, e, paralelamente, impende que não haja previsão de pagamento de valor residual garantido - Resolução Bacen nº 2.309/96, artigo 6º, III e IV, com redação dada pela Resolução Bacen nº 2.465/98;
- f) o ajuste pode ser antecipadamente resolvido, mediante prévio aviso do locatário."⁴⁴

Como se vê, o “leasing” operacional muito se assemelha ao *renting* (locação), se distinguindo apenas pelo simples fato de que naquele o pagamento das prestações significa a amortização do preço do bem, podendo as prestações, inclusive, ser mensuradas pelo grau de utilização do bem, como, por exemplo, o número de cópias feitas em uma máquina de xerox.⁴⁵

⁴³ **Arrendamento Mercantil (Leasing)**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 22.

⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 41.

No campo legislativo, o artigo 2º da Lei nº 6.099/74, exclui esse tipo contratual do tratamento tributário nela estabelecido, dispondo que: *“não terá o tratamento previsto nesta Lei o arrendamento de bens contratado entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante”*.

Portanto, a própria Lei não descaracteriza como “leasing” o contrato de arrendamento mercantil operacional, apenas o exclui de seus benefícios tributários.

Todavia, essa vedação foi afastada, pela promulgação da Resolução do Banco Central nº 2.309/96.

De fato, o parágrafo único do artigo 1º da Resolução do Banco Central nº 2.309/96 diz que as operações de arrendamento mercantil *“podem ser dos tipos financeiro e operacional”*. E, por sua vez, o seu artigo 6º, com redação dada pela Resolução do Banco Central nº 2.465/98, dá as características estruturais do arrendamento mercantil operacional.

Na verdade o que ocorre é a vedação, pelo artigo 28 da Resolução nº 2.309/74, da prática do arrendamento mercantil realizada com *“o próprio fabricante do bem arrendado”* apenas às *“sociedades de arrendamento mercantil e às instituições financeiras citadas no artigo 13”* da referida Resolução, quais sejam: *“os bancos múltiplos com carteira de investimento, de desenvolvimento e/ou de crédito imobiliário, os bancos de investimento, os bancos de desenvolvimento, as caixas econômicas e as sociedades de crédito imobiliário.”*

Voltando ao artigo 6º da Resolução nº 2.309/74, é de rigor lembrar que se considera arrendamento mercantil operacional a modalidade em que:

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

operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendadora ou da arrendatária;

III - o preço para o exercício da opção de compra seja o valor de mercado do bem arrendado.

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

Em contrapartida, o artigo 5º da Resolução nº 2.309/74 considera arrendamento mercantil financeiro a modalidade em que:

"I - as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos;

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

III - o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado, podendo ser, inclusive, o valor de mercado do bem arrendado."

Da leitura dos incisos acima transcritos verifica-se que a resolução toma como base, para distinguir o arrendamento mercantil operacional do financeiro, a limitação da totalidade das prestações, a possibilidade de existência de uma cláusula acessória estabelecendo o serviço de manutenção e assistência pela arrendadora e a necessidade de o valor residual ser o valor de mercado do bem.⁴⁶

Todavia, para Fran Martins, o principal elemento de distinção entre as duas modalidades contratuais é que no arrendamento mercantil financeiro não há a possibilidade da parte rescindir unilateralmente o contrato, enquanto no "leasing" operacional, havendo aviso prévio, o arrendatário pode rescindir a avença.

⁴⁶ GICO JR., Ivo Teixeira. **Elementos do contrato de arrendamento mercantil (leasing) e a propriedade do arrendatário**. Revista de Informação Legislativa, 1999. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/18. Acesso em: 11/11/2009.

Ademais, enquanto no “leasing” financeiro prevalece o caráter de financiamento, no “leasing” operacional prevalece a cessão do uso, a locação, a prestação de serviço de manutenção e assistência técnica, possibilitando a rescisão unilateral do contrato.

Os artigos 5º (“leasing” financeiro) e 6º (“leasing” operacional) da Resolução nº 2.309/74 dão características próprias aos institutos, acrescentando Arnaldo Rizzardo que *"no leasing financeiro, as contraprestações e demais pagamentos corresponderão ao custo do bem arrendado durante o prazo contratual e o retorno (lucro) dos recursos investidos; no operacional, atingirão os pagamentos até 75% do custo do bem."*⁴⁷

E continua o referido autor: *"Na primeira espécie, as despesas de manutenção e assistência técnica recaem na arrendatária; já na última, poderão ser da arrendadora. Finalmente, o preço pela opção de compra será livremente pactuado, e até de acordo com o valor de mercado do bem, no leasing financeiro, já no operacional estabelece-se o preço segundo o valor de mercado do bem."*⁴⁸

Ademais, no “leasing” financeiro, deve haver a opção de compra pelo valor residual estipulado pelas partes no contrato, que pode ter valor simbólico, considerando que a arrendadora já recuperou seu investimento, ou mesmo ter o valor de mercado, mas como o certo é que o prazo do contrato coincida com o de vida econômica do bem, esse valor de mercado será, no mínimo, bastante reduzido. Destaca-se também o caráter locatício do “leasing” operacional, que se distinguirá da locação pela opção que é facultada ao arrendatário no fim do prazo contratual de adquirir o bem e pela prestação de serviço essencialmente ligada ao contrato⁴⁹.

⁴⁷ **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

⁴⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

⁴⁹ GICO JR., Ivo Teixeira. **Elementos do contrato de arrendamento mercantil (leasing) e a**

Por fim, Arnaldo Rizzardo⁵⁰ faz uma crítica a Resolução nº 2.309/74, afirmando que a fixação do valor da opção de compra no valor de mercado de bem provoca um total desvirtuamento da natureza do “leasing”, nestes termos:

"O mais grave, porém, é a faculdade inserida no inc. III de ambos os artigos 5º e 6º: a fixação do valor pela opção de compra equivalente ao preço de mercado do bem, o que é obrigatório no arrendamento mercantil operacional.

A rigor, pois, possível que as contraprestações nem envolvam o preço do bem. Chega-se, destarte, a um total desvirtuamento da natureza do *leasing*. No financeiro, há uma faculdade em se fixar o preço pelo valor de mercado; no operacional, nota-se uma exigência de tal fixação. Do que se conclui que as contraprestações não significarão pagamento pela compra e venda a que pode se transformar a avença. De outro lado, como se não fosse suficiente, dá-se liberdade na fixação do valor pela opção de compra. Não equivalerá ao que não se computou na depreciação.

2.4.2 O “leasing” financeiro

O “leasing” financeiro, ou *financial lease*, ou também chamado de *full payout lease*, ou , ainda, “leasing” bancário, é o tipo contratual em que a característica mais identificadora é o financiamento, onde o fabricante ou importador do bem não figura como locador. Ou seja, há uma empresa de “leasing” (arrendadora) que adquire o bem e contrata o arrendamento com o arrendatário.

Fran Martins o define como "*aquele em que uma empresa se dedica habitual e profissionalmente a adquirir bens produzidos por outro para arrendá-los, mediante uma retribuição estabelecida, a uma empresa que deles necessita.*"⁵¹

propriedade do arrendatário. Revista de Informação Legislativa, 1999. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/18. Acesso em: 11/11/2009.

⁵⁰ **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 43

⁵¹ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.

Segundo Ivo Teixeira Gico Júnior, “a grande vantagem do contrato está no tratamento fiscal que lhe é atribuído, em proveito de empresa e cliente, como as deduções no imposto de renda. É o arrendamento mercantil típico ou clássico que os italianos chamam de *leasing finanziario*, sendo:

‘da una stretta inerenza del contratto alle finalità dell’impresa, sicché le parti, sollecitate anche da particolari agevolazioni fiscali, prevendono che la res acquistata dalla società finanziaria in nome proprio e per conto dell’utlizzatore, esaurisca le utilità economiche di cui è capace entro un determinato periodo di tempo che coincide di regola con la durata del rapporto rispetto al quale per la configurazione è da escludersi qualsiasi collegamento com la vendita, la locazione ed il mutuo ma, al più, i canoni vengono a rappresentare il corrispetivo del godimento del bene (...).’⁵²

No contexto histórico, a atividade de intermediação entre a arrendadora e a arrendatária, que antigamente era desempenhada por um corretor, passou gradativamente, para as instituições bancárias e financeiras, seja diretamente (*bankers lessors*) ou por meio de subsidiárias (*bankers leasing corporation*). Sobre o assunto, Arnaldo Wald expõe que “*passou-se assim do leasing financeiro, forma mais requintada e fecunda, que domina o mundo há cerca de 20 anos.*”⁵³

No campo legislativo, o artigo 5º da Resolução nº 2.309/74 considera arrendamento mercantil financeiro a modalidade em que:

"I - as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual

459.

⁵² **Elementos do contrato de arrendamento mercantil (leasing) e a propriedade do arrendatário.** Revista de Informação Legislativa, 1999. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/18. Acesso em: 11/11/2009.

⁵³ **Da ilicitude da inclusão da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 591, p. 18.

da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos;

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

III - o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado, podendo ser, inclusive, o valor de mercado do bem arrendado."

Por sua vez, o doutrinador Arnaldo Rizzardo aponta as seguintes particularidades desse tipo contratual:

"a) O contrato se alonga por um prazo previamente determinado, que poderá ser no mínimo de dois anos para bens de vida útil igual ou inferior a cinco anos; ou de três anos, para bens de maior duração. No arrendamento mercantil operacional, encurta-se o prazo para 90 dias (art. 8º da Res. 2.309).

b) O valor do aluguel é arbitrado em vista do custo do objeto, não sendo relevante a intensidade do uso ou do aproveitamento. Prepondera a capacidade financeira ou econômica do locatário, fator que garante a solvabilidade.

c) Justamente por se estabelecer o montante do aluguel em função do custo do objeto, não é levado em consideração o valor residual que dele resta, quando expira o prazo do arrendamento.

d) A firma promovente não se responsabiliza na prestação de serviços de assistência técnica, de recuperação ou reparos de peças.

e) O objeto do arrendamento pode ser qualquer bem.

f) Possibilidade de compra ou renovação do contrato em favor do arrendatário, com previsão do preço ou critério para sua fixação.

g) A responsabilidade decorrente do *status* de propriedade permanece com a firma locadora.

h) O valor do investimento feito pela locadora, bem como a remuneração do capital investido, deverão ser absorvidos totalmente pelo aluguel."

Em síntese, no que se refere ao valor das contraprestações do locatário, Celso Benjó acrescenta que o somatório delas dever ser "*suficiente para cobrir o custo do bem, as despesas acessórias, bem como proporcionar lucros ao locador financeiro. Esta peculiaridade é na quase absoluta maioria dos casos observada. Somente por exceção é que o leasing pode não possuí-la, caso em que a soma dos*

alugueres deve se aproximar do valor real e primitivo da coisa locada, para não perder a sua característica financeiro."⁵⁴

Por sua vez, em relação ao tempo de duração do contrato, vale salientar que ele coincide, em regra, com o prazo de vida útil do bem objeto do arrendamento mercantil. Por esta razão, essa modalidade contratual não pode ser rompida unilateralmente antes do término do prazo previsto.

Outro enfoque importante é o risco da obsolescência do bem objeto do contrato. Com efeito, há objetos que, em pouco tempo, tornam-se obsoletos, seja pelo surgimento de outros mais modernos (por exemplo, os computadores), seja pelo próprio desgaste natural do bem. No "leasing" financeiro esse risco é suportado pelo arrendatário, uma vez que, em havendo o pacto, o seu cumprimento é obrigatório e irrenunciável. Ou seja, não é possível interromper o contrato em curso, pois não está em questão meramente o uso do bem, mas, principalmente, sua disponibilidade.⁵⁵

Por esse motivo, Fran Martins defende que mesmo que o arrendatário devolva o bem, "*todas as prestações pactuadas serão devidas ao arrendador*".⁵⁶

Iran Souza Filho, em tese de mestrado apresentada à Universidade Federal da Bahia, também, ressalta "*que devido à obrigatoriedade desse contrato que pode ser firmado por instrumento público ou particular, todas as prestações deverão ser pagas, mesmo que o arrendatário queira por fim ao contrato. Por isso é considerado como verdadeira operação de leasing.*"⁵⁷

⁵⁴ **O leasing na sistemática jurídica nacional e internacional.** Revista Forense 274/16.

⁵⁵ GICO JR., Ivo Teixeira. **Elementos do contrato de arrendamento mercantil (leasing) e a propriedade do arrendatário.** Revista de Informação Legislativa, 1999. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/18. Acesso em: 11/11/2009.

⁵⁶ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 454

⁵⁷ **O contrato de leasing e a responsabilidade subsidiária com benefício de ordem do**

Ademais, vale referir posicionamento muito interessante apontado por Ivo Teixeira Gico Júnior, do qual concordamos por completo, quando afirma que não parece assistir razão aos que defendem a tese de que as partes sempre objetivam a transferência da propriedade do bem.

Isso porque, considerando que o prazo do contrato do arrendamento mercantil é, em regra, o prazo de vida útil do bem, ele não terá mais qualquer valor econômico ao final do contrato e como é sabido, somente pode ser objeto do comércio os bens que possuam valor econômico. O que ocorre de fato é que à arrendadora não interessa mais a propriedade do bem, seja porque já recebeu todo o capital investido e seu lucro, seja porque referido bem não lhe é útil, em razão de ser ela uma empresa financeira. Em contrapartida, para a arrendatária o bem já cumpriu sua função e não possui mais qualquer valor econômico, está desatualizado ou demasiadamente gasto, seu interesse restringe-se tão somente em arrendar novo bem mais moderno ou novo e continuar suas atividades.⁵⁸

Concluindo, Gico Júnior assevera que não reconhece nesse tipo contratual o caráter translático de propriedade sustentado por alguns autores, posto que tal elemento, no contrato de arrendamento mercantil financeiro é decorrente de mera comodidade das partes e não elemento de sua finalidade, veja-se:

“Como o bem não tem mais valor econômico relevante, dificilmente a arrendadora o venderá, na melhor das hipóteses, terá grandes dificuldades em fazê-lo. Por isso, é compreensível e até natural que o venda para a própria arrendatária, que pode ainda utilizá-lo de alguma forma ou mesmo revendê-lo com maior facilidade uma vez que efetivamente trabalha na área em que o bem é útil e provavelmente conhece quem poderia interessar-se.

arrendante pelos danos causados a terceiros pelo arrendatário. Dissertação de mestrado. Bahia: Universidade Federal da Bahia, 2007, p. 64.

⁵⁸ **Elementos do contrato de arrendamento mercantil (leasing) e a propriedade do arrendatário.** Revista de Informação Legislativa, 1999. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/18. Acesso em: 11/11/2009.

É por isso que não reconhecemos neste contrato o caráter translático de propriedade, que ainda que presente é decorrente de mera comodidade, não elemento de sua finalidade.”⁵⁹

Ou seja, o contrato de arrendamento mercantil não implica, necessariamente, na aquisição do bem arrendado pelo arrendatário, inclusive na modalidade do “leasing” financeiro, de modo que afirmar o contrário seria o mesmo que banir do nosso sistema jurídico o referido tipo contratual e limitar as operações realizadas pelos particulares em apenas “locação” ou “compra e venda”, o que jamais poderá ser admitido.

Por fim, outro ponto do contrato de arrendamento mercantil financeiro, que merece destaque, é o exercício da opção de compra pelo arrendatário.

De fato, como já dito, o contrato de “leasing” contém elementos de uma locação e de um financiamento, com opção especial de compra reservada ao locatário, que poderá se tornar proprietário do bem, mediante o pagamento de um valor previamente estipulado, nos termos do artigo 7º, VI, da Resolução nº 2.309/96, que dispõe:

"Art. 7º Os contratos de arrendamento mercantil devem ser formalizados por instrumento público ou particular, devendo conter, no mínimo, as especificações abaixo relacionadas:

(...)

VI - a concessão a arrendatária de opção de compra dos bens arrendados, devendo ser estabelecido o preço para seu exercício ou critério utilizável na sua fixação;"

Por sua vez, o artigo 5º, "d", da referida Resolução, também exige que o instrumento do contrato consigne "*o preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula*", que é o chamado valor residual,

⁵⁹ **Elementos do contrato de arrendamento mercantil (leasing) e a propriedade do arrendatário.** Revista de Informação Legislativa, 1999. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/18. Acesso em: 11/11/2009.

como uma decorrência do cumprimento normal do ajuste, de modo que, ao implementar o aporte financeiro, o arrendatário exterioriza sua opção pela compra do bem. Este valor residual não deve ser confundido com o cálculo do saldo devedor do contrato, que ocorre quando o pacto é rescindido em seu curso, notadamente pelo inadimplemento das contraprestações, sendo, portanto, em contrapartida, uma forma anormal de cumprimento do ajuste.⁶⁰

Ademais, como afirma Arnaldo Rizzardo, a previsão, no contrato, do valor residual, que deverá ser pago, em caso de opção de compra, tem por objetivo *"já deixar o arrendatário ciente, de antemão, do quantum em dinheiro que deverá desembolsar. A lei (...) pretendeu justamente evitar que o arrendatário viesse a ser colhido de surpresa por ato unilateral do arrendador, que poderia fixar uma quantia mais alta, impedindo a efetivação da compra e venda."*⁶¹

Por outro lado, embora a Lei nº 6.099/74 tenha previsto unicamente o valor residual, que será devido em caso de o arrendatário exercer a opção de compra, as Resoluções do Banco Central nºs 351/75 (artigo 8º, alínea "f", 1 e 2) e 2.309/96 (artigo 7, VII, alíneas "a" e "b") previram outra modalidade de valor residual, comumente chamada de "Valor Residual Garantido (VRG)", que pode ser conceituado como sendo uma quantia mínima que será recebida pelo arrendador quando o arrendatário não exercer a opção de compra ou não efetuar a prorrogação do contrato.

Nesse sentido, Jorge G. Cardoso assevera que o VRG 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*

⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 189

⁶¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 84

direito de compra e, também, não desejar que o contrato seja prorrogado."⁶²

E continua o referido autor:

"O VRG opera nas hipóteses em que o locatário devolva o bem ao final do contrato, não renovando o arrendamento e nem exercendo a opção de compra. Em qualquer destes casos, o bem será vendido a terceiros e poderá obter valor inferior ou superior ao *quantum* que arrendador e arrendatário acordaram como parcela final a ser recebida pelo primeiro ao término do arrendamento mercantil. Assim, se o valor obtido na venda for inferior ao *quantum* mínimo contratado, por força do VRG o arrendatário pagará a diferença. Se o preço de venda for superior, a garantia terá sido desnecessária."

Na verdade, como já dito, o Valor Residual Garantido não foi previsto pela Lei nº 6.099/74, o que provoca discussão na doutrina no sentido de que tal instituto descaracterizaria a própria natureza do "leasing". Ainda mais considerando a alínea "a" do inciso VII do artigo 7º da Resolução nº 2.309/96, que prevê expressamente a possibilidade de o VRG ser pago em qualquer momento durante a vigência do contrato, sem que isso caracterize o exercício da opção de compra.

Alguns autores consideram válida a previsão de pagamento do Valor Residual Garantido. Nesse sentido, são os ensinamentos de Ivo Teixeira Gico Júnior, que enxerga neste instituto "*mera parcela da depreciação que não foi incluída nas contraprestações acrescido, às vezes, do relativo valor do bem depreciado ao final do contrato, exatamente por isso, o quantum do VRG e o do valor de opção ou residual serão bastante próximos.*"

Ainda segundo o referido autor, a previsão do VRG nada mais é do que uma transferência consensual do risco do negócio, pois o arrendatário concordou em cobrir totalmente o investimento do arrendador marcado pelo preço avençado do bem, além de outros custos. E finaliza dizendo que as partes:

⁶² **Aspectos controvertidos de arrendamento mercantil.** Cadernos e Direito Tributário e Finanças Públicas nº 5, São Paulo: RT, 1993, p. 73/74.

"Apenas convencionam que uma pequena parcela será destacada das prestações de forma a permitir que ela seja arcada pelo próprio arrendatário no caso da opção de compra, ou por terceiro na extinção do contrato. O arrendatário, neste caso, é mero garante do valor. A arrendadora não arca com os riscos da venda, a ela só interessa receber de volta o seu investimento, seu interesse no objeto é puramente como garantia."⁶³

Antigamente, muito se discutiu sobre essa questão. Em um primeiro momento, o C. Superior Tribunal de Justiça entendeu que o pagamento antecipado do VRG significava o exercício antecipado da opção de compra, o que descaracterizaria o contrato de "leasing" e caracterizaria um contrato de compra e venda a prestação, nos termos do disposto pelo artigo 10 da Resolução nº 2.309/96 ("*Art. 10. A operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda a prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo estabelecido no art. 8º deste Regulamento.*").

Tal entendimento levou a edição da Súmula nº 263, publicada em 20/05/2002, nos seguintes termos:

Súmula 263: "A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação".

Porém, anos mais tarde, o C. Tribunal alterou seu entendimento, afirmando que a antecipação do valor residual garantido não desnatura o contrato de "leasing", o que gerou a publicação, em 05/05/2004, da Súmula nº 293, no seguinte sentido "*a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.*"

Portanto, em observância ao último entendimento exarado pelo C.

⁶³ **Elementos do contrato de arrendamento mercantil (leasing) e a propriedade do arrendatário.** Revista de Informação Legislativa, 1999. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/18. Acesso em: 11/11/2009.

Superior Tribunal de Justiça, o pagamento do Valor Residual Garantido, ainda que no curso do ajuste, não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, sendo que, por consequência, ao final do ajuste, o arrendatário ainda poderá exercer seu direito de compra do bem, mediante o pagamento de valor também ajustado previamente pelas partes.

Por fim, vale frisar ainda que a previsão do VRG é privativa do “leasing” financeiro, uma vez que, no “leasing” operacional, o inciso IV do artigo 6º da Resolução Bacen nº 2.309/96 (com redação dada pela Resolução nº 2.465/98), c/c o artigo 7º, inciso VII e alíneas da referida Resolução, determina que "*não haja previsão de pagamento de valor residual garantido.*"

2.4.3 Arrendamento mercantil contratado com o próprio vendedor

Essa operação, popularmente conhecida como *lease-back*, ou *sale and lease back* (Estados Unidos), ou *cession-bail* (França), ou *leasing di ritorno* (Itália), ou, ainda, retroarrendamento, ou, por fim, “leasing” de retorno, é bem parecida com o “leasing” financeiro, distinguindo-se desta última modalidade contratual pelo fato de que é o próprio locatário que vende o bem ao locador, para, depois, dele arrendá-lo, podendo, eventualmente, pactuar-se cláusula de denúncia unilateral do contrato.⁶⁴

Nesse caso há a confusão entre a figura do fornecedor e do arrendatário.

Celso Benjó, conceitua, com precisão esse tipo contratual, como sendo:

“Um negócio jurídico bilateral pelo qual uma das partes, necessitando obter um empréstimo pecuniário, vende um bem de seu ativo imobilizado a um instituição de cunho financeiro e, em seguida, o recebe em locação com a possibilidade de adquirir novamente o domínio, mediante uma remuneração

⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 60

periódica, capaz, no seu somatório, de pagar o preço da coisa locada.”⁶⁵

Já José Wilson Nogueira de Queiroz o considera uma alternativa para o crescente problema da falta de capital de giro nas empresas, pois "*a locatária alienante converterá parte de seu imobilizado em dinheiro, enfrentando a falta de liquidez, e não perdendo, todavia, a disposição do bem que permanece em seu poder e posse, (...), com a possibilidade de usufruir dos benefícios fiscais (...)*".⁶⁶

A espécie encontra-se regulada no artigo 9º da Lei nº 6.099/74, com redação dada pela Lei nº 7.132/83, que faz referência ao artigo 2º da citada lei, nos seguintes termos:

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

“Artigo 2º - Não terá o tratamento previsto nesta Lei o arrendamento de bens contratados entre pessoa jurídica direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante.”

Todavia, como nos leciona Rodolfo de Camargo Mancuso, marca esses textos uma certa impropriedade formal, pois o *caput* do artigo 9º fala em *vendedor* do bem, mas reporta-se ao artigo 2º, no qual é mencionado o termo *fabricante*, não havendo, portanto, sinonímia entre esses vocábulos.

Nesse contexto, posteriormente, a Resolução do Bacen nº 2.309/96, regulamentando o artigo 9º da Lei nº 6.099/74, ao que parece veio sanar, essa irregularidade, reconhecendo expressamente que as operações de arrendamento

⁶⁵ BENJÓ, Celso. **O leasing na sistemática jurídica nacional e internacional**. Revista Forense, v. 274, 1981, p. 19.

⁶⁶ **Arrendamento Mercantil (Leasing)**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 20

mercantil, quando contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas a ele coligadas ou interdependentes, somente podem ser contratadas na modalidade de arrendamento mercantil financeiro, aplicando-se a elas as mesmas condições fixadas na referida Resolução, veja-se:

“Art. 13. As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas a ele coligadas ou interdependentes somente podem ser contratadas na modalidade de arrendamento mercantil financeiro, aplicando-se a elas as mesmas condições fixadas neste Regulamento.

§ 1º As operações de que trata este artigo somente podem ser realizadas com pessoas jurídicas, na condição de arrendatárias.

§ 2º Os bancos múltiplos com carteira de investimento, de desenvolvimento e/ou de crédito imobiliário, os bancos de investimento, os bancos de desenvolvimento, as caixas econômicas e as sociedades de crédito imobiliário também podem realizar as operações previstas neste artigo.”

Assim, a lei não só permite o retroarrendamento realizado pelo próprio vendedor, como reconhece a existência desta modalidade quando a vendedora não é a arrendadora, mas pessoa com ela vinculada. Aí, para melhor explicar o que venha a ser vinculada, utiliza-se das expressões contidas no artigo 2º, quais sejam, coligadas ou interdependentes, direta ou indiretamente. Tanto assim o é que o próprio Conselho Monetário Nacional se encarregou de esclarecer o alcance das expressões coligadas ou interdependentes por meio da Resolução nº 351/75, reafirmada pela própria Resolução 2.309/96, em seu artigo 27.⁶⁷

2.4.4 Arrendamento mercantil contratado com empresas do mesmo grupo financeiro

Esse tipo contratual é chamado de *self-lease*, também conhecido como “leasing” consigo mesmo, e é formado entre empresas coligadas de um mesmo

⁶⁷ GICO JR., Ivo Teixeira. **Elementos do contrato de arrendamento mercantil (leasing) e a propriedade do arrendatário**. Revista de Informação Legislativa, 1999. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/18. Acesso em: 11/11/2009.

grupo financeiro.

Celso Benjó define o *self-lease* como sendo:

“Uma modalidade de financial lease e pode, basicamente assumir duas formas: na primeira, as partes contratantes (lessee and lessor) estão vinculadas, ou seja, possuem um elo que lhes permite ser classificadas ora como sociedade controladora e controlada, ou mesmo como sociedades coligadas. Na segunda é o próprio fabricante que assume o papel de financiador e utiliza o leasing como método de financiamento.”

Essas duas modalidades são denominadas de *self leasing* por vinculação e *manufacture leasing*.

O *self leasing* por vinculação é a modalidade de arrendamento mercantil em que na pessoa do arrendatário e do arrendador se encontram pessoas vinculadas. Ou seja, teríamos como arrendador, arrendatário e fornecedor pessoas vinculadas. Já no *manufacture leasing*, temos o fabricante do bem funcionando como arrendador, financiando diretamente a aquisição de seu produto pelo arrendatário através do “leasing”.⁶⁸

Importante lembrar que vinculadas são as pessoas, jurídicas ou físicas, coligadas ou interdependentes, direta e indiretamente, nos termos do artigo 27 da Resolução 2.309 do Banco Central, que assim dispõe:

“Art. 27. Para os fins do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12 de setembro de 1974, e deste Regulamento, considera-se coligada ou interdependente a pessoa:

I - em que a entidade arrendadora participe, direta ou indiretamente, com 10% (dez por cento) ou mais do capital;

II - em que administradores da entidade arrendadora, seus cônjuges e

⁶⁸ GICO JR., Ivo Teixeira. **Elementos do contrato de arrendamento mercantil (leasing) e a propriedade do arrendatário**. Revista de Informação Legislativa, 1999. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/18. Acesso em: 11/11/2009.

respectivos parentes até o 2º (segundo) grau participem, em conjunto ou isoladamente, com 10% (dez por cento) ou mais do capital, direta ou indiretamente;

III - em que acionistas com 10% (dez por cento) ou mais do capital da entidade arrendadora participem com 10% (dez por cento) ou mais do capital, direta ou indiretamente;

IV - que participar com 10% (dez por cento) ou mais do capital da entidade arrendadora, direta ou indiretamente;

V - cujos administradores, seus cônjuges e respectivos parentes até o segundo grau participem, em conjunto ou isoladamente, com 10% (dez por cento) ou mais do capital da entidade arrendadora, direta ou indiretamente;

VI - cujos sócios, quotistas ou acionistas com 10% (dez por cento) ou mais do capital participem também do capital da entidade arrendadora com 10% (dez por cento) ou mais de seu capital, direta ou indiretamente;

VII - cujos administradores, no todo ou em parte, sejam os mesmos da entidade arrendadora.”

Contudo, as empresas coligadas ou interdependentes nos termos da Lei nº 6.099/74 , não são contempladas, com os benefícios fiscais nela previstos.

De fato, além da Lei nº 6.099/74 excluir de seus benefícios expressamente o *self leasing*, em seu artigo 2º (“*Não terá o tratamento previsto nesta Lei o arrendamento de bens contratado entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante.*”), a própria Resolução nº 2.309/96 veda estes subtipos contratuais em seu artigo 28, inciso I, quando proíbe o estabelecimento de contrato de arrendamento mercantil entre pessoas físicas e jurídicas coligadas ou interdependentes (“*Art. 28. Às sociedades de arrendamento mercantil e às instituições financeiras citadas no artigo 13 deste Regulamento é vedada a contratação de operações de arrendamento mercantil com: I - pessoas físicas e jurídicas coligadas ou interdependentes;*”).

E a razão para essa vedação legal, segundo Arnaldo Rizzardo:

“É evitar que alguns grupos financeiros, para contornar o excesso de imobilização, usem do leasing e fujam da tributação. Lembra Luiz Mélega:

‘Com efeito, a companhia de leasing comprando e arrendando equipamentos e imóveis a instituições financeiras, essa circunstância permite que estas últimas escapem do índice máximo de mobilização estabelecido pelas instituições fiscalizadoras do regime bancário.’⁶⁹

Todavia, há uma única exceção legal para essa vedação, que ocorre no subarrendamento, quando, poderá haver vínculo de coligação ou de interdependência entre a entidade domiciliada no exterior e a sociedade arrendatária subarrendadora, domiciliada no País (artigo 16, §4º). Neste caso, “*os bens objeto do contrato são produzidos no exterior. A empresa arrendatária os subarrenda a uma pessoa jurídica, tornado-se arrendante desta, e da qual está coligada.*”⁷⁰

2.5 Características do contrato de arrendamento mercantil internacional

O contrato de arrendamento mercantil internacional é conhecido como *leasing-importação*, quando o bem objeto do ajuste é proveniente do exterior, ou como *leasing-exportação*, quando o bem objeto do ajuste é remetido para o exterior.d

Arnoldo Wald discorrendo sobre as modalidades dos contratos de arrendamento mercantil internacional assevera o seguinte:

"Os contratos internacionais tiveram a sua conceituação ampliada para abranger as operações objetivamente internacionais (exportações, importação, financiamento e garantias de exportações, compra e venda de câmbio), as subjetivamente internacionais (nas quais uma das partes é residente ou domiciliada no exterior) e, finalmente, os contratos internacionais por acessoriedade (decorrentes da cessão, transferência,

⁶⁹ **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 53.

⁷⁰ RIZZARDO, Arnoldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 54

delegação, assunção ou modificação dos contratos objetiva ou subjetivamente internacionais). Os contratos internacionais por acessoriedade ou equiparação legal são, pois, os contratos internos derivados de contratos internacionais."⁷¹

Atualmente, a autorização para o estabelecimento do "leasing" internacional é dada pelo artigo 11 da Resolução do Banco Central nº 2.309/96, que dispõe: "*Podem ser objeto de arrendamento bens móveis, de produção nacional ou estrangeira, e bens imóveis adquiridos pela entidade arrendadora para fins de uso próprio da arrendatária, segundo as especificações desta.*"

Entretanto, com a finalidade de preservar a economia nacional, não é qualquer bem de origem estrangeira que poderá ser objeto do contrato de "leasing". Isso porque o artigo 10 da Lei nº 6.099/74 é expresso ao determinar que somente os bens de produção estrangeira que forem enumerados pelo Conselho Monetário Nacional poderão ser objeto do referido contrato, nestes termos:

"Art. 10. Somente poderão ser objeto de arrendamento mercantil os bens de produção estrangeira que forem enumerados pelo Conselho Monetário Nacional, que poderá, também, estabelecer condições para seu arrendamento a empresas cujo controle acionário pertencer a pessoas residentes no exterior."

Comentando este dispositivo, Rodolfo de Camargo Mancuso, citando Antonio da Silva Cabral, justifica a intervenção do Conselho Monetário Nacional na instituição do arrendamento mercantil internacional, como forma de preservação da economia nacional e para evitar a remessa indevida de lucros para o exterior, nestes termos:

"(...) o leasing é fator de desenvolvimento da economia nacional, pois contribui para o aumento do lucro das empresas em expansão, soluciona o problema da falta de capital de giro próprio e coopera para que as empresas

⁷¹ **Da ilicitude da inclusão da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 591, 1985, p. 266.

tenham seu equipamento modernizado. Ora, permitir a entrada de bens de capital estrangeiro poderá prejudicar o impulso da produção nacional desses mesmos bens. Por isso, também o final do dispositivo usa de cautela no tocante a as operações de leasing com pessoas que detenham controle acionário, eis que, do contrário, o leasing poderia converter-se num meio de envio de lucros para o exterior, de modo a prejudicar nossa economia."⁷²

Por sua vez, o artigo 16 da Lei nº 6.099/74 (*caput* e parágrafo primeiro) assevera que os contratos de arrendamento mercantil internacional deverão ser submetidos a registro no Banco Central do Brasil, de acordo com as normas para a concessão do registro a serem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, bem como deverão observar as seguintes condições: a) razoabilidade da contraprestação e de sua composição; b) critérios para fixação do prazo de vida útil do bem; c) compatibilidade do prazo de arrendamento do bem com a sua vida útil; d) relação entre o preço internacional do bem o custo total do arrendamento; e) cláusula de opção de compra ou renovação do contrato; e f) outras cautelas ditadas pela política econômico-financeira nacional; nestes termos:

“Art. 16 - Os contratos de arrendamento mercantil celebrado com entidades domiciliadas no exterior serão submetidos a registro no Banco Central do Brasil.

1º - O Conselho Monetário Nacional estabelecerá as normas para a concessão do registro a que se refere este artigo, observando as seguintes condições:

- a) razoabilidade da contraprestação e de sua composição;
- b) critérios para fixação do prazo de vida útil do bem;
- c) compatibilidade do prazo de arrendamento do bem com a sua vida útil;
- d) relação entre o preço internacional do bem o custo total do arrendamento;
- e) cláusula de opção de compra ou renovação do contrato;
- f) outras cautelas ditadas pela política econômico-financeira nacional.

2º - Mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil, segundo normas para este fim expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, os bens objeto das operações de que trata este artigo poderão ser arrendados a

⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

sociedades arrendadoras domiciliadas no País, para o fim de subarrendamento.

3º - Estender-se-ão ao subarrendamento as normas aplicáveis aos contratos de arrendamento mercantil celebrados com entidades domiciliadas no exterior.

4º - No subarrendamento poderá haver vínculo de coligação ou de interdependência entre a entidade domiciliada no exterior e a sociedade arrendatária subarrendadora, domiciliada no País.

5º - Mediante as condições que estabelecer, o Conselho Monetário Nacional poderá autorizar o registro de contratos sem cláusula de opção de compra bem como fixar prazos mínimos para as operações previstas neste artigo.”

Quanto aos outros parágrafos do referido artigo, merece destaque o parágrafo 5º, que autoriza, mediante condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, o registro do contrato de arrendamento mercantil, com inexistência de cláusula de opção de aquisição do bem, ao final do contrato, pelo arrendatário.

Por fim, outro dispositivo importante, no que diz respeito ao arrendamento mercantil internacional, é o artigo 17 da citada lei, asseverando que *“a entrada no território nacional dos bens objeto de arrendamento mercantil, contratado com entidades arrendadoras domiciliadas no exterior, não se confunde com o regime de admissão temporária de que trata o Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, e se sujeitará a todas as normas legais que regem a importação.”*

Ou seja, na importação de bens, sob a forma de arrendamento mercantil, mesmo que, posteriormente, ocorra o retorno desses bens aos seus países de origem, não haverá a suspensão dos tributos incidentes sobre a importação, que é exclusivamente aplicável à entrada de bens, sob o regime de admissão temporária, conforme expressa disposição legal.

E isso quer dizer que, no arrendamento mercantil internacional, no momento em que se realizar o despacho aduaneiro dos bens importados, será exigido, pelas Autoridades Alfandegárias, o recolhimento dos seguintes tributos: o Imposto de Importação (II), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o

Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), a contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na importação de produtos estrangeiros ou serviços (Contribuição para o PIS/Pasep - Importação) e Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de bens estrangeiros ou serviços do exterior (Cofins - Importação).

Entretanto, sem julgar menos importante o Imposto de Importação (II), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), a Contribuição para o PIS/Pasep – Importação e a Cofins – Importação, no presente trabalho, passaremos a analisar a seguir a possibilidade de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), na importação de bens mediante contrato de arrendamento mercantil.

3. DA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS NAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO POR MEIO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (“LEASING”)

3.1 As hipóteses de incidência do ICMS

A Constituição Federal, além de outorgar a competência tributária aos Entes de Direito Público, ao mesmo tempo, institui todos os elementos relevantes que irão compor a fisionomia jurídica do tributo. Ou seja, é a Constituição quem delimita as características fundamentais que integram a exação e que deverão ser obrigatoriamente observadas pelos Entes Políticos.

No tocante ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), a Carta Magna outorgou competência aos Estados e ao Distrito Federal, de acordo com o disposto no artigo 155, inciso II, para instituir imposto sobre:

“(…)

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

Conforme leciona o Professor Roque Antonio Carrazza, a sigla do tributo ICMS alberga no mínimo cinco impostos distintos, quais sejam:

“a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas a circulação de mercadorias), que, de algum modo, compreende o que nasce da entrada de mercadorias importadas do exterior; b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e de energia elétrica; e e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou

consumo de minerais.”⁷³

Com efeito, diz-se que há pelo menos cinco núcleos distintos de incidência do ICMS, em razão das diferentes hipóteses de incidência e bases de cálculos delineadas pela Constituição Federal.

No presente trabalho, sem desmerecer os outros elementos da realidade social que servem de suporte para o imposto, analisaremos apenas os traços característicos do ICMS que onera as operações relativas à circulação de mercadorias (incidente sobre operações mercantis), uma vez que é nessa hipótese de tributária que, a princípio, estariam incluídas as operações de importação de bens mediante o contrato de arrendamento mercantil.

Por outro lado, também é de rigor frisar que o ICMS relativo às operações de circulação de mercadorias “*é, de todos os cinco, o economicamente mais importante. É ele que envolve maiores quantias de dinheiro e, certamente, por isso, aquele que, de longe, mais controvérsias suscita.*”⁷⁴

Inicialmente, para uma melhor compreensão da questão, devem ser esclarecidos os elementos que compõe a hipótese de incidência desse tipo tributário, a saber, os termos a) operações; b) circulação; e c) mercadorias.

Quanto ao termo “operações”, Geraldo Ataliba e Cleber Giardino sublinham que “*operações são atos jurídicos, atos regulados pelo Direito como produtores de determinada eficácia jurídica; são atos juridicamente relevantes; circulação e mercadorias são, nesse sentido, adjetivos que restringem o conceito substantivo de operações.*”⁷⁵

Alcides Jorge Costa também anota que:

⁷³ CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 36/37.

⁷⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 38.

⁷⁵ **Núcleo da Definição Constitucional do ICM**. Revista de Direito Tributário vols. 25/26, p. 104.

“A operação relativa a circulação de mercadorias é, pois, um ato jurídico, no sentido de ato material ou não negocial que consiste na imediata realização de uma vontade, no caso a de promover a circulação de mercadorias para levá-las da fonte de produção ao consumo”⁷⁶. Este ato pode, para efeito de direito privado, revestir a categoria de negócio jurídico. Para o direito fiscal será sempre um ato unilateral ou não negocial a que também se dá o nome de operação. e que “(...) em conclusão, a operação a que se refere o artigo 23, II, da Constituição é qualquer negócio jurídico ou ato material, que seja relativo à circulação de mercadorias”⁷⁶.

Já o vocábulo “circulação”, segundo elemento da hipótese de incidência do ICMS aqui tratada, nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, significa a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob o manto de um título jurídico, vale dizer, à sombra de um ato ou contrato, nominado ou inominado. É uma movimentação, com mudança de patrimônio⁷⁷.

Geraldo Ataliba e Cleber Giardino prescrevem que:

“Circular significa, para o Direito mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria mudam de titular, circula para efeitos jurídicos. Convencionase designar por titularidade de uma mercadoria, à circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica)”⁷⁸.

Ainda sobre o vocábulo “circulação”, Carrazza assevera que pressupõe uma mudança de titularidade, sem a qual não há que se falar em tributação pelo ICMS. Vejamos:

⁷⁶ **ICM na Constituição e na Lei Complementar**. Resenha Tributária, São Paulo, 1978, p. 91 e seguintes.

⁷⁷ **Regra Matriz do ICM**, Tese apresentada para obtenção de Título de Livre Docente da Faculdade de Direito da PUC-SP, 1981, citado por José Eduardo Soares de Melo, *in ICMS Teoria e Prática*, 5ª ed., São Paulo, Dialética, 2002, p. 16.

⁷⁸ **Núcleo da Definição Constitucional do ICM**. Revista de Direito Tributário vols. 25/26, p. 109

“É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência “de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança da titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. Esta idéia, abonada pela melhor doutrina (Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Cléber Giardino etc.), encontrou ressonância no próprio STF (RTJ 64/358)”.⁷⁹

Ademais, vale ressaltar que a acepção de circulação adotada pela Constituição é aquela de circulação jurídica do bem e não meramente a movimentação física. Quanto a isso, o saudoso Aliomar Baleeiro demonstra o perigo de se entender que a circulação refere-se apenas a um fenômeno físico que impulse a mercadoria, *in verbis*:

“O ilustre Professor Flávio Bauer NOVELLI, diretor da Faculdade de Direito da Universidade da Guanabara e Procurador desse Estado, sustentou a tese de que se trata de ‘imposto sobre a circulação econômica e não-jurídica da mercadoria’, no deliberado propósito de o legislador desvincular o fato gerador de conceitos ou institutos negociais do Direito Privado. ‘Assim – escreve NOVELLI -, o simples ‘deslocamento’ ou ‘movimentação física’ ou a utilização da mercadoria que configure ‘saída’, ou ‘entrada’, ou ‘fornecimento’ corresponde a qualquer das hipóteses do art. 1º do De.-lei 406, e com as ressalvas previstas, constitui fato gerador do tributo, prescindindo-se inteiramente de que tais fatos tenham ou não qualquer qualificação jurídica’.

Temos a impressão de que essa arrojada tese, grata ao Fisco Estadual, porque até a saída pelo furto ou roubo seria fato gerador, não alcançou o sufrágio dos tributaristas e dos Tribunais brasileiros”⁸⁰

Na vigência da ordem constitucional anterior em seu texto original, que não previa a tributação de bens de capital, o E. Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 570, hoje prejudicada, mas que assim dispunha:

⁷⁹ ICMS. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 38.

⁸⁰ ICMS sobre importação de bens de capital para uso do importador. Revista Forense, v. 250, 1975, p. 139.

“O imposto de circulação de mercadorias não incide sobre a importação de bens de capital.”

Também o E. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 166 nos seguintes termos:

“Súmula 166. Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

À evidência, as Súmulas supracitadas encampam o conceito de circulação jurídica de mercadorias e não o simples deslocamento físico para a incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Nesse contexto, vale também reportar o acórdão proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal, asseverando que está pacificada a tese de que não incide o ICMS sobre simples deslocamento de bens ou mercadorias, nestes termos:

"REPRESENTAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 4.418, DE 27.12.82, DO ESTADO DE ALAGOAS, QUE DEFINE FATO GERADOR DE ICM, DE MODO A DETERMINAR A SUA INCIDENCIA EM RAZÃO DO SIMPLES DESLOCAMENTO DE INSUMOS DESTINADOS A COMPOSIÇÃO DO PRODUTO, NA MESMA EMPRESA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - REPRESENTAÇÃO N. 1.181, DO PARA; REPRESENTAÇÃO N.1.355 DA PARAIBA; REPRESENTAÇÃO N.1.292, DE MATO GROSSO DO SUL. INCONSTITUCIONALIDADE DO PARAGRAFO-2 DO ART. 264, DA LEI N. 4.418/82, E DO ART. 375 E SEU PARAGRAFO ÚNICO DO DECRETO N. 6.148/84, POR VIOLAÇÃO DO ART.23, INC. II, DA LEI MAGNA." (Rp 1304/AL, Rel. Min. Djaci Falcão, Tribunal Pleno, j. 25/0901987)

A nosso ver, o termo “circulação”, tal como delineado pela Constituição Federal, para servir como suporte à incidência do ICMS, somente pode ser compreendido como ato jurídico, cujo objetivo é a transferência de titularidade de bens (mercadorias) entre pessoas. Entre outras palavras, é necessário que ocorra a circulação jurídica do bem (mercadoria) e não apenas a sua circulação física.

Por sua vez, o termo “mercadoria”, terceiro elemento do tipo tributário em questão, deve ser entendido como o bem destinado ao comércio, à venda.

De Plácido e Silva, no seu Dicionário Jurídico, nos fornece o preciso conceito de “mercadoria”, vejamos:

“Mercadoria. Derivado do latim *merx*, de que se formou *mercari*, exprime propriamente a coisa que serve de objeto à operação comercial. Ou seja, a coisa que serve de objeto de uma venda.

(...)

A rigor, pois, mercadoria é designação genérica dada à coisa móvel, apropriável, que possa ser objeto de comércio.

As coisas fora de comércio não se entendem mercadorias e não são suscetíveis de venda. A mercadoria é a que está no comércio, pode ser vendida pelo comerciante ou mercador. A coisa que não está para venda não é mercadoria”.⁸¹

Segundo o referido autor, somente o bem destinado ao comércio é que se enquadra ao conceito de mercadoria.

O Professor Roque Antonio Carrazza também possui entendimento nesse sentido, *in verbis*:

“Mercadoria, nos patamares do Direito, é o bem móvel, sujeito à mercancia. É, se preferirmos, o objeto da atividade mercantil, que obedece, por isso mesmo, ao regime jurídico comercial.

Não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas tão-só aquele que se submete à mercancia. Podemos, pois dizer que toda mercadoria é bem móvel, mas nem todo bem móvel é mercadoria. Só o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria.”⁸²

⁸¹ **Vocabulário jurídico**. 12^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 181.

⁸² CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 42/43.

E conclui o referido autor, “*para que um bem seja havido por mercadoria, é mister que ele tenha por finalidade a venda ou revenda. Em suma, a qualidade distintiva entre bem móvel (gênero) e mercadoria (espécie), é extrínseca, consubstanciando-se no propósito de destinação comercial.*”⁸³

A doutrina tem posição quase unânime no sentido de que o bem corresponde ao gênero do qual a mercadoria é a espécie, de sorte que somente quando um bem é colocado à venda é que ele irá corresponder a uma mercadoria, sendo possível afirmar que, até esse momento, o legislador não pode exercer a competência tributária e exigir o imposto sobre esse bem.

Ou seja, é somente a partir do momento em que estivermos diante de um bem destinado ao comércio, que o legislador poderá exigir o imposto sobre a sua circulação.

Como exemplo de uma situação em que não se configura hipótese de incidência do ICMS, por não se vislumbrar circulação de mercadorias, podemos citar o simples deslocamento de bens de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Nesse caso, o bem deslocado não é mercadoria no seu sentido técnico, uma vez que não é destinado ao comércio.

Diante do exposto, pode-se concluir que a expressão “*operações relativas à circulação de mercadorias*” pressupõe a realização de operações jurídicas que levam as mercadorias desde a fonte de produção para o consumo, com fins lucrativos e mudança de titularidade. Ou seja, sem que haja um deslocamento em direção ao consumo (com fins lucrativos e mudança de titularidade), não há que se falar em circulação de mercadorias, nem tampouco em incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

⁸³ CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 43.

3.2 A possibilidade de incidência do ICMS nos contratos de arrendamento mercantil internacional

No que se refere ao ICMS incidente sobre as operações de importação, tema central do presente trabalho, é de rigor frisar que a Constituição Federal de 1988, originalmente, tendo por bem conservar a incidência do ICMS sobre operações relativas à circulação de mercadorias importadas, da forma como prevista pela ordem constitucional até então vigente, estabeleceu, no artigo 155, parágrafo 2º, alínea “a”, que o ICMS incidirá:

“(…)

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.”

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 33/2001 alterou a redação desse artigo, modificando, por consequência, o fato gerador do imposto, que deverá incidir sobre a entrada de bem ou mercadoria importados no exterior, qualquer que seja a sua finalidade, nos termos que seguem:

“(…)

IX – Incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados no exterior por pessoa 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 serviços.”

O Professor Ives Gandra Martins é categórico ao afirmar que, com a Emenda Constitucional nº 33/2001:

“houve uma distensão do campo de incidência do ICMS. Não apenas ‘mercadorias’ mas a transferência de titularidade de qualquer bem, ainda que adquirido por um não contribuinte, está sujeito ao ICMS, tenha o destino que tiver, inclusive os que se destinem ao ativo fixo, visto que a expressão do direito anterior ‘destinado a consumo ou ativo fixo permanente’ foi substituída por ‘qualquer que seja a sua finalidade’.”⁸⁴

Mas, por outro lado, continua o D. Professor afirmando que não houve alteração do núcleo da hipótese de imposição do ICMS, ou seja, a transmissão de titularidade:

“A jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (circulação econômica) permanece inalterada. Até mesmo os doutrinadores que defenderam, no passado, como eu, a incidência de transferência de mercadorias entre estabelecimentos (circulação física), não têm como defendê-la, pois nas importações não há circulação física entre estabelecimentos da mesma empresa, em face de as empresas, em qualquer país serem sempre nacionais e sujeitas às regras do país. Não há ‘estabelecimentos’ de uma mesma empresa em 2 países distintos. Há sempre, nas importações, apenas circulação econômica, em que, ou se transfere a propriedade (incidência do ICMS), ou não se transfere a titularidade (não-incidência do ICMS). É que as empresas na maioria dos países, mas certamente no Brasil, são sempre nacionais, mesmo que pertençam a grupos multinacionais. São criadas à luz das leis de regência do Brasil.”

Ainda com o Professor Ives Gandra, ressalte-se que a entrada de qualquer bem no território brasileiro seria passível de incidência do ICMS, inclusive

⁸⁴ **A Constituição Apenas Define Competências – Cabe à Lei Complementar Explicitá-las e, no Seu Esquadro Normativo, Cabe à Lei Ordinária Definir a Imposição – Locação de Bem Estrangeiro Não Significa Importação, Mesmo que Revista a Forma de Singelo Leasing Financeiro, sem Opção de Compra – A Hipótese de Imposição do ICMS nas “Importações” de Bens e Mercadorias – Análise Jurisprudencial das Decisões dos Tribunais Superiores – Impossibilidade Constitucional da Incidência do ICMS ou do ISS sobre Locação (Leasing Financeiro) de Aeronaves no Exterior – Parecer.** Revista de Estudos Tributários nº 50, Jul-Ago/2006 – DOUTRINA, p. 27.

os carros de propriedade de turistas que aqui ingressassem, bem como os aviões de companhia áreas estrangeiras, o que não pode ser jamais admitido. Vejamos:

“Se a mera entrada do bem no país gerasse o ICMS, à evidência, nenhum turista poderia aqui ingressar, dirigindo seu próprio carro sem pagar o imposto sobre veículo. Nem qualquer avião estrangeiro das companhias aéreas de outros países poderia adentrar os limites territoriais, sem que o ato de entrada representasse uma importação. É de se lembrar que todas as companhias aéreas estrangeiras mantêm empresas sediadas no Brasil para aqui poderem operar, mas nem por isso o ingresso de seus aviões no país, cuja titularidade permanece com os proprietários das aeronaves no exterior gera ICMS, sempre que tais veículos aéreos sobrevoem o território nacional.”⁸⁵

Em outras palavras, isso quer dizer que, mesmo com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 33/2001, houve a manutenção da transferência de titularidade como núcleo constitucional da materialidade do ICMS.

Nesse sentido, o Ministro Eros Grau, em brilhante acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº RE 461.968/SP, assevera que no mínimo, duas leituras poderiam ser feitas desse texto constitucional, a primeira delas conduzindo à equivocada suposição de que *“qualquer entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade sofrerá a incidência do ICMS.”*

E, em uma segunda leitura, mais adequada à compreensão do todo

⁸⁵ **A Constituição Apenas Define Competências – Cabe à Lei Complementar Explicitá-las e, no Seu Esquadro Normativo, Cabe à Lei Ordinária Definir a Imposição – Locação de Bem Estrangeiro Não Significa Importação, Mesmo que Revista a Forma de Singelo Leasing Financeiro, sem Opção de Compra – A Hipótese de Imposição do ICMS nas “Importações” de Bens e Mercadorias – Análise Jurisprudencial das Decisões dos Tribunais Superiores – Impossibilidade Constitucional da Incidência do ICMS ou do ISS sobre Locação (Leasing Financeiro) de Aeronaves no Exterior – Parecer.** Revista de Estudos Tributários nº 50, Jul-Ago/2006 – DOUTRINA, p. 29.

normativo que o artigo 155 e seus parágrafos e incisos integram, continua o D. Ministro, afirmando que, ao interpretar o seu texto, é possível extrair o seguinte:

“qualquer entrada de bem ou mercadoria importada do exterior, desde que atinente à 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 sofrerá a incidência do ICMS.”

Ou seja, ao interpretar sistematicamente os conceitos trazidos pela Constituição Federal, conclui-se 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, não podendo o disposto no parágrafo 2º, inciso IX, do artigo 155, da CF ser interpretado isoladamente, como se tratasse de outro imposto; em outras palavras, qualquer bem ou mercadoria procedente do exterior, para ser submetido ao ICMS há de ser objeto de *“operação relativa à circulação de mercadoria”*.

E, tratando-se de operações de arrendamento mercantil, a dificuldade encontrada pelos operadores do direito, é no sentido de, primeiramente, classificar o tipo contratual, para depois analisar a ocorrência da operação de circulação e a possibilidade de incidência ou não do imposto.

No nosso entendimento, conforme já explanado acima, o contrato de “leasing” ou arrendamento mercantil tem natureza jurídica mista, pois não se trata de contrato de locação, muito menos de contrato de compra e venda.

Trata-se, na realidade, de uma fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação, exercendo função similar àquela da venda e compra com reserva de domínio e a da alienação fiduciária, embora oferecendo ao possuidor do bem maior leque de alternativas no caso de a parte não querer ficar com a propriedade do equipamento, ao término do contrato celebrado.

Assim, esgotado o prazo contratual, a arrendatária assume o compromisso de adquirir o bem, renovar a avença ou restituir a coisa. Só por

ocasião do exercício da opção de compra é que ocorrerá, efetivamente, a transferência de titularidade do bem.

E, por não haver transferência de titularidade no cumprimento do contrato de arrendamento mercantil, sem o exercício da opção de compra do bem arrendado, não há operação de circulação da mercadoria, de modo que não se pode falar em incidência do ICMS.

Ademais, nesse tipo contratual, os bens ou mercadorias importadas continuam sendo de propriedade de investidores estrangeiros e contabilizados em seus ativos permanentes. Esta conclusão é emanada da leitura dos artigos 3º e 4º da Lei nº 6.099/1974, que expressamente asseveram a necessidade de escrituração, em conta especial do ativo imobilizado da arrendadora, dos bens destinados a arrendamento mercantil. Confira-se:

Art 3º Serão escriturados em conta especial do ativo imobilizado da arrendadora os bens destinados a arrendamento mercantil.

Art 4º A pessoa jurídica arrendadora manterá registro individualizado que permita a verificação do fator determinante da receita e do tempo efetivo de arrendamento.

Em contrapartida, a arrendatária, ao receber determinado bem em arrendamento mercantil, *“nada registra em seu balanço patrimonial, podendo, para fins de controle, somente efetuar o registro nas contas de compensação, do seguinte modo:*

Diversos
a Contratos de arrendamento.
Bens recebidos em arrendamento: 10.000.000 de unidades.
Juros sobre bens arrendados: 2.600.000 unidades. Resultado: 12.600.000 unidades”⁸⁶

⁸⁶ RIZZARDO, Arnoldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 132.

Frise-se que a arrendatária somente poderá inserir o bem arrendado no seu ativo fixo, se, ao final do contrato, exercer a opção de compra e, neste caso, o fará pelo valor do custo de aquisição do bem pactuado com a arrendadora, nos exatos termos previstos pelo artigo 15 da Lei nº 6.099/74⁸⁷. Vejamos:

“Art 15. Exercida a opção de compra pelo arrendatário, o bem integrará o ativo fixo do adquirente pelo seu custo de aquisição.

Parágrafo único. Entende-se como custo de aquisição para os fins deste artigo, o preço pago pelo arrendatário ao arrendador pelo exercício da opção de compra.”

A propósito também esclarece Celso Benjó:

“No arrendamento mercantil, o bem faz parte do ativo fixo da arrendadora e somente passará a integrar o ativo imobilizado da arrendatária se esta exercer a opção de compra que lhe é facultada. Mesmo assim, o bem será escriturado por uma quantia bastante reduzida, pois, segundo dispõe o art. 15 da Lei 6.099/74, a coisa arrendada integrará o ativo fixo do adquirente pelo preço pago no exercício da opção de compra, o que, face à amortização ocorrida ao longo do contrato, bem como à convenção das partes, reflete-se num valor de pequena monta. Essa vantagem de ordem contábil permite que instituições financeiras, sujeitas a limites de imobilização, adquiram bens, com base no financiamento através do arrendamento mercantil, sem que com isso transpasse a fronteira traçada pelo legislador no que se refere a aplicações no ativo fixo”.⁸⁸

⁸⁷ “Serão escriturados em conta especial do ativo imobilizado da arrendadora os bens destinados a arrendamento mercantil. Exercida a opção de compra pelo arrendatário, o bem integrará o ativo fixo do adquirente pelo seu custo de aquisição. Entende-se como custo de aquisição, para fins deste artigo, o preço pago pelo arrendatário ao arrendador pelo exercício da opção de compra”. (HIGUCHI, Hiromi; HIGUCHI, Celso Hiroyouki. **Imposto de renda das empresas – Interpretação e prática**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002).

⁸⁸ **O leasing na sistemática jurídica nacional e internacional**. Revista Forense, v. 274, 1981, p. 48.

Assim, as operações de “leasing” só se subsumem ao conceito de “circulação de mercadorias” quando o arrendatário adquire a propriedade do bem arrendado.

Ou seja, enquanto estiver pagando o preço mensal do arrendamento, descabe a cogitação de circulação de mercadorias, porque não existe movimentação em direção ao consumo, uma vez que a mercadoria arrendada, a menos que seja depois adquirida, retornará à posse de seu proprietário.

Nesse sentido, o artigo 3º da Lei Complementar nº 87/96 foi categórico ao determinar que o imposto não incide sobre operações de arrendamento mercantil, nos seguintes termos:

“Art. 3º. O imposto não incide sobre:

(...)

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

E, nem poderia ser diferente, pois a Lei Complementar somente tem competência para detalhar os tributos já delineados pela Constituição Federal, e, no caso específico do ICMS, a Carta Magna é muito clara ao asseverar que esse imposto incide sobre “operações relativas à circulação de mercadorias”, o que, de fato, não ocorre nos contratos de arrendamento mercantil.

Sobre os limites impostos à Lei Complementar, importante salientar as brilhantes palavras do Professor Roque Antonio Carrazza:

“A lei complementar, (...) ao dispor sobre questões de ICMS (art. 155, §2º, XII, da CF), deverá limitar-se a dar operatividade às regras-matrizes deste tributo plasmadas na Constituição Federal. Na realidade, os arts. 146 e 155, §2º, XII, da CF, somente autorizam a lei complementar a reforçar o perfil constitucional do ICMS, desenhando-o mais em detalhe e ressaltando seus

exatos contornos."⁸⁹

Se é verdade que o texto constitucional abarca operações procedentes do exterior e, por conseguinte, a entrada de mercadorias no País, não é menos certo que essa entrada há de representar uma operação relativa à circulação de mercadorias, conforme acima exposto.

O disposto no parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, do artigo 155 da CF não pode ser interpretado senão em harmonia com o disposto no seu *caput* e inciso II.

Outrossim, o artigo 155, inciso II, da CF não pode ser compreendido e aplicado de forma a negar a função da lei complementar, atribuída pelo artigo 146, inciso III, alínea “a” e muito menos de sorte a violar princípio constitucional da discriminação de rendas tributárias, garantia maior do contribuinte, assegurada em nível de cláusula pétrea.

E não é outro o entendimento da doutrina pátria. Sobre o tema, assim ensina o I. Professor Roque Antonio Carrazza:

“Não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas tão-só aquele que se submete à mercancia. Podemos, pois, dizer que toda mercadoria é bem móvel, mas nem todo bem móvel é mercadoria. Só o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria.

(...)

Temos para nós que o ICMS não pode incidir sobre o arrendamento mercantil (leasing).

Deveras, no arrendamento mercantil inexistente venda de mercadoria, mas, apenas, um contrato, pelo qual uma parte (empresa de leasing, financiadora ou arrendadora) dispõe-se a adquirir, de terceiro, a pedido de outra parte (empresa financiada ou arrendatária), bens, para serem por esta última utilizados, por prazo determinado.”⁹⁰

⁸⁹ ICMS. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 75.

⁹⁰ ICMS. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 43 e 137.

Ademais, no caso específico da importação de bens mediante contrato de arrendamento mercantil, o doutrinador assevera que não há incidência do ICMS, seja pelo fato de, nessa modalidade de contrato, não haver a "circulação de mercadorias", seja pela aplicação do princípio constitucional da igualdade, uma vez que não seria isonômico permitir a incidência do imposto nas operações internacionais de arrendamento mercantil e não permitir a incidência do imposto nas operações internas de "leasing".

"Reiteramos (v. supra, subitem 2.7.2) que, apesar de a Emenda Constitucional 33/2001 'permitir' que o ICMS incida 'sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade', o arrendamento mercantil efetuado no exterior passa ao largo desse tributo, por não se encaixar em sua regra-matriz constitucional, originariamente traçada. Como se isto não bastassem o próprio princípio da igualdade milita no sentido da não-incidência. De fato, seria antiisonômico tributar apenas o arrendamento mercantil efetuado no exterior."

Frise-se que o artigo 3º da Lei Complementar nº 87/96 não fez qualquer distinção entre o arrendamento mercantil interno e o internacional, de modo que a não-incidência do ICMS deve ser aplicada para ambas as modalidades.

E essa conclusão pode ser perfeitamente sustentada pela diretriz constitucional prevista pelo artigo 152 da CF, que é incisivo ao determinar que é vedado aos entes políticos estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Vejamos:

"Art. 152 - É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino."

Se não bastasse o acima exposto, vale salientar ainda esclarecedores ensinamentos sustentados pelo Professor Ives Gandra Martins, em Parecer

publicado na Revista de Estudos Tributários nº 50 do ano de 2006⁹¹, no sentido de que, mesmo se admitindo a hipótese de incidência de ICMS em operações em que não há a transferência de titularidade do bem, o que se faz por amor à argumentação, as operações de “leasing” não poderiam ser tributadas pelo ICMS, pois a Lei Complementar instituída para esse fim afasta expressamente tal tributação e, até o presente momento, não foi publicada qualquer outra Lei Complementar em sentido contrário.

Com efeito, assevera o mestre que é a Constituição Federal quem distribui competências para a instituição dos tributos. Em contrapartida, são as entidades federativas que as recebem, no caso do presente estudo, os Estados e o Distrito Federal, quem irão adequar-se à lei geradora (Constituição Federal), que estabelece as normas gerais, para exercer a sua competência tributária, por meio da edição de Lei Complementar.

E é a Lei Complementar que irá definir os tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na Constituição, irá definir os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Nesse sentido, o artigo 146, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal foi taxativo quando assim dispôs:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

- I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

⁹¹ **A Constituição Apenas Define Competências – Cabe à Lei Complementar Explicitá-las e, no Seu Esquadro Normativo, Cabe à Lei Ordinária Definir a Imposição – Locação de Bem Estrangeiro Não Significa Importação, Mesmo que Revista a Forma de Singelo Leasing Financeiro, sem Opção de Compra – A Hipótese de Imposição do ICMS nas “Importações” de Bens e Mercadorias – Análise Jurisprudencial das Decisões dos Tribunais Superiores – Impossibilidade Constitucional da Incidência do ICMS ou do ISS sobre Locação (Leasing Financeiro) de Aeronaves no Exterior – Parecer.** Revista de Estudos Tributários nº 50, Jul-Ago/2006 – DOUTRINA, p. 29.

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

(...)"

Ou seja, o simples fato de a Constituição Federal outorgar poderes aos entes políticos para criar tributos não é suficiente para que o tributo possa ser cobrado. Como já dito, é necessária a edição de uma Lei Complementar, para tornar exigível aquele tributo previsto pela Constituição. E, caso assim não fosse, qualquer imposto inserido na competência residual da União poderia ser cobrado (artigo 154, I, da CF⁹²), sem que houvesse necessidade de edição de Lei Complementar, o que não é verdadeiro.

E tudo isso serve para afirmar que, mesmo que se entenda que a Constituição Federal, após a Emenda nº 33/2001, permitiu a exigência do ICMS sobre a entrada de bem proveniente do exterior, mediante contrato de arrendamento mercantil, o que se admite apenas para argumentar, seria imprescindível a edição de Lei Complementar, para definir o fato gerador do referido imposto, bem como a sua base de cálculo e contribuintes, nos exatos termos previstos pelo artigo 146, III, da Carta Magna⁹³.

⁹² "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; (...)"

⁹³ **A Constituição Apenas Define Competências – Cabe à Lei Complementar Explicitá-las e, no Seu Esquadro Normativo, Cabe à Lei Ordinária Definir a Imposição – Locação de Bem Estrangeiro Não Significa Importação, Mesmo que Revista a Forma de Singelo Leasing Financeiro, sem Opção de Compra – A Hipótese de Imposição do ICMS nas “Importações” de Bens e Mercadorias – Análise Jurisprudencial das Decisões dos Tribunais Superiores – Impossibilidade Constitucional da Incidência do ICMS ou do ISS sobre Locação (Leasing Financeiro) de Aeronaves no Exterior – Parecer.** Revista de Estudos Tributários nº 50, Jul-Ago/2006 – DOUTRINA, p. 30.

Assim é porque, todos os impostos discriminados na Constituição devem ter seu fato gerador, sua base de cálculo e seus contribuintes previstos em lei complementar.

E, segundo o Professor Ives Gandra Martins, entender de forma diversa, violaria frontalmente o artigo 146, III, da CF. Vejamos:

"Ora, se a EC 33/2001 alargou os fatos geradores, a base de cálculo e os contribuintes do ICMS, apenas a lei complementar pode explicitar a real extensão do alargamento para que a lei ordinária possa, aí sim, instituir incidência e autorizar o Estado a exigir o tributo alargado.

Entender de forma diversa é, de rigor, apagar a exigência do art. 146, III, letra a e transformar a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional em textos para reflexão acadêmica, sem qualquer utilidade prática que não aquela de permitir que títulos universitários sejam obtidos por defensores utópicos de teorias técnicas inaplicáveis.

Qualquer nova hipótese constitucional de incidência deve ser prevista ou enquadrável em lei, podendo nova lei complementar ser dispensada somente se a lei complementar já existente permitir que seja a hipótese nela recepcionada, por adaptável aos princípios já previamente adotados."⁹⁴

No caso de arrendamento mercantil ("leasing"), cabia à lei complementar definir o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes, caso ele fosse uma operação tributável pelo ICMS. Entretanto, a Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 3º, foi expressa ao determinar que o imposto não incide sobre operações de

⁹⁴ **A Constituição Apenas Define Competências – Cabe à Lei Complementar Explicitá-las e, no Seu Esquadro Normativo, Cabe à Lei Ordinária Definir a Imposição – Locação de Bem Estrangeiro Não Significa Importação, Mesmo que Revista a Forma de Singelo Leasing Financeiro, sem Opção de Compra – A Hipótese de Imposição do ICMS nas “Importações” de Bens e Mercadorias – Análise Jurisprudencial das Decisões dos Tribunais Superiores – Impossibilidade Constitucional da Incidência do ICMS ou do ISS sobre Locação (Leasing Financeiro) de Aeronaves no Exterior – Parecer.** Revista de Estudos Tributários nº 50, Jul-Ago/2006 – DOUTRINA, p. 30.

arrendamento mercantil, nos seguintes termos:

“Art. 3º. O imposto não incide sobre:

(...)

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

Como se verifica, a Lei Complementar, ao cumprir o seu papel determinado pela Constituição Federal, foi indubitosa ao determinar a não inclusão, na área de incidência do ICMS, das operações realizadas mediante contrato de arrendamento mercantil, uma vez que nesse tipo comercial não há a circulação de mercadorias (transferência de titularidade do bem arrendado), necessária para formar a hipótese de incidência do tributo.

E, até o presente momento, não foi publicada qualquer outra Lei Complementar em sentido contrário.

Sob esse enfoque, o Professor Ives Gandra conclui o seguinte:

"Em outras palavras, se se pretender adotar a inteligência de que houve um alargamento do fato gerador do ICMS com a redação da EC 33/2001, nitidamente, a nova hipótese ou estaria já enquadrada na exclusão da incidência contemplada na Lei Complementar nº 87/1996, ou, para ser instituída, dependeria de nova lei complementar, não produzida. Ou seja, o imposto não poderia ser exigido, mesmo se admitindo que elemento essencial para a incidência do ICMS, que é a transferência de titularidade, não fosse essencial - o que se aceita apenas por argumentação pelo absurdo -, em face desse vício formal de ausência de lei complementar. É de se concluir portanto, que ou a lei complementar já cuidou do leasing na importação de bens ou mercadorias, ou dele ainda não cuidou, após a EC 33/2001 e somente uma nova lei complementar dele poderia cuidar para fazê-lo incidido, se válida fosse a tese de que a não-transferência de titularidade não seria necessária na hipótese."

Portanto, por mais esse motivo, as importações de bens mediante contrato de arrendamento mercantil não podem ser tributadas pelo Imposto de

Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), mesmo após as alterações trazidas à Constituição Federal pela Emenda nº 33/2001.

3.3 A possibilidade de incidência do ICMS no momento da opção de compra do bem arrendado

Como já citado acima, a Lei Complementar nº 87/1996, em seu artigo 3º, inciso VIII, prescreve que “o imposto não incide sobre: (...) VIII – operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário”.

Em outras palavras, em que pese a Lei Complementar ter estipulado que as operações de arrendamento mercantil não são tributadas pelo ICMS, por outro lado, estatuiu que, quando o arrendatário exerce o seu direito de “opção de compra”, há a incidência do imposto.

Entretanto, a previsão contida na segunda parte do dispositivo mencionado não é aceita unanimemente pela doutrina pátria.

Isso porque, alguns doutrinadores são adeptos da tese de que, ao final do contrato não há mais mercadoria, mas apenas um bem de uso *extra commercium*, de modo que a transferência desse bem ao arrendatário também não se enquadraria na hipótese de incidência do ICMS, mesmo havendo previsão expressa da Lei Complementar nº 87/1996 nesse sentido.

O Professor Roque Antonio Carrazza, ao discorrer sobre o tema, assevera que não incide o ICMS, pois, além de não haver mais mercadoria ao ser exercitada a “opção de compra”, trata-se de uma operação de financiamento e não de uma operação mercantil, nestes termos:

“Insistimos em que não há incidência de ICMS ainda quando o arrendatário exercita sua “opção de compra”, porquanto ela corresponde à última etapa

do processo de financiamento, tributável, em tese, pela União (por meio de IOF). Ademais, já não há aí, mercadoria, mas apenas, um bem de uso *extra commercium*.

(...) ao ser exercitada a opção de compra não há mais mercadoria e, como se isso não bastasse, não ocorre nenhuma operação mercantil, mas, tão-somente, uma operação de financiamento”

Bernardo Ribeiro de Moraes também entende que não há a incidência de ICMS no momento da realização da “opção de compra”, pelo arrendatário, pelos mesmos fundamentos defendidos pelo Professor Carrazza, quais sejam: a inexistência de mercadoria, no final do contrato de “leasing”, e a inexistência de uma operação mercantil. Confira-se:

“Conforme se nota, o ‘Arrendamento mercantil’ não pode sofrer incidência do ICMS, visto que:

a) O ‘arrendamento mercantil’ não é um contrato que corresponda à venda de mercadorias. Não é atividade de venda ou de circulação econômica de bens materiais (é evidente que se a venda do bem arrendado for efetuada para a empresa que faz arrendamento mercantil, a incidência do imposto estadual se dará);

b) Se a arrendatária exercita a sua ‘opção de compra’ alguns atores pretendem que essa operação seja alcançada pelo ICMS, ficando difícil a escolha da base de cálculo do imposto, que deve ser o ‘valor da operação’ e não o valor residual do bem arrendado. Todavia, sem sentido essa exigência fiscal, pois se trata de um contrato misto de operação financeira, conforme já demonstrado, submetida esta à competência tributária da União;

c) Por ocasião da opção de compra, o bem arrendado já não é mercadoria, visto que o mesmo já foi retirado da fase da circulação econômica desde a assinatura do contrato de arrendamento. A mercadoria adquirida pelo arrendador passou a ser um bem de uso, quase inutilizado pelo passar dos tempos. O bem arrendado de há muito deixou de ser ‘mercadoria’, portanto, de estar sujeito ao ICMS. A Lei Complementar n° 87, de 1996, agitando o problema da incidência do ICMS sobre o arrendamento mercantil, veio dispor:

‘Art 3° O imposto não incide sobre: (...) VIII – operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário’. Com tal expressão pretende-se colocar no campo de incidência do ICMS a

operação de venda do bem arrendado por ocasião do arrendatário fazer sua 'opção de compra'. Ocorre que Lei Complementar não pode colocar no campo de incidência do imposto estadual uma operação de financiamento decorrente de contrato misto, de competência tributária da União, dada a evidente inconstitucionalidade. Por outro lado, a aludida Lei Complementar também não pode admitir a incidência do ICMS sobre operações que não envolvam circulação de mercadorias, bem corpóreo na etapa da circulação econômica. O bem arrendado, por ocasião da opção de compra pelo arrendatário, já não é mercadoria. Não está à venda. Trata-se de um bem corpóreo que está sendo utilizado por mais de dois anos e que não está à venda no momento da 'opção'.⁹⁵

No entanto, sem desmerecer os entendimentos expostos acima, somos da opinião de que, havendo o exercício da "opção de compra", estará caracterizada a ocorrência da hipótese de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), conforme previsão contida no artigo 3º, inciso VIII (segunda parte) da Lei Complementar nº 87/1996.

Isso porque, a arrendatária pagará certo valor, mesmo que irrisório, para adquirir o bem, e, se assim o faz, é porque aquele bem ainda possui certa utilidade econômica, de modo que poderia ser vendido para qualquer outra pessoa, que não a arrendatária, caso não exercida a "opção de compra". Em outras palavras, esse bem poderia se tornar objeto de comércio e passar a satisfazer o conceito de mercadoria⁹⁶.

Desse modo, nos parece mais razoável afirmar que a aquisição, pela

⁹⁵ **O ICMS, a LC 87/1996 e questões jurídicas atuais.** São Paulo: Dialética, 1997, p. 79/80.

⁹⁶ "Mercadoria. Derivado do latim *merx*, de que se formou *mercari*, exprime propriamente a coisa que serve de objeto à operação comercial. Ou seja, a coisa que serve de objeto de uma venda. (...) A rigor, pois, mercadoria é designação genérica dada à coisa móvel, apropriável, que possa ser objeto de comércio. As coisas fora de comércio não se entendem mercadorias e não são suscetíveis de venda. A mercadoria é a que está no comércio, pode ser vendida pelo comerciante ou mercador. A coisa que não está para venda não é mercadoria". (De Plácido e Silva. "Vocabulário jurídico". 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 181.)

arrendatária, do bem arrendado, constitui fato gerador do ICMS e, dessa forma, deverá ter por base de cálculo, para incidência do tributo, o valor da operação, entendido este como o valor residual pago em razão da venda.

É nesse sentido o disposto no artigo 15 da Lei nº 6.099/74⁹⁷. Vejamos:

“Art 15. Exercida a opção de compra pelo arrendatário, o bem integrará o ativo fixo do adquirente pelo seu custo de aquisição.

Parágrafo único. Entende-se como custo de aquisição para os fins deste artigo, o preço pago pelo arrendatário ao arrendador pelo exercício da opção de compra.”

Do exposto, conclui-se que a única possibilidade para incidência do ICMS nas operações de arrendamento mercantil, sejam elas internas ou internacionais, é quando o arrendatário adquire a propriedade do bem arrendado, configurando, desse modo, a efetiva “circulação de mercadorias”, imprescindível para a caracterização do fato gerador do imposto, conforme previsão expressa do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal.

⁹⁷ “Serão escriturados em conta especial do ativo imobilizado da arrendadora os bens destinados a arrendamento mercantil. Exercida a opção de compra pelo arrendatário, o bem integrará o ativo fixo do adquirente pelo seu custo de aquisição. Entende-se como custo de aquisição, para fins deste artigo, o preço pago pelo arrendatário ao arrendador pelo exercício da opção de compra”. (HIGUCHI, Hiromi; HIGUCHI, Celso Hiroyouki. **Imposto de renda das empresas – Interpretação e prática**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.)

4. DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A INCIDÊNCIA DO ICMS NAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO POR MEIO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (“LEASING”)

4.1 A Jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal

De início, como já informado na introdução do presente estudo, nos parece que a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal não está pacificada sobre a não incidência do ICMS nas operações de arrendamento mercantil internacional, notadamente quando a importação se refira a outros bens, que não sejam aeronaves e suas partes e peças.

Isso porque, embora tenha reconhecido a não incidência do Imposto sobre as operações de “leasing” referentes à importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves (indústria aeronáutica de grande porte), em todos os casos que julgou sobre o assunto, entendeu, de outra banda, que haveria a incidência do Imposto em outros dois casos envolvendo uma empresa de Mineração e Construção e uma Fábrica de Vidros.

E, também, mais recentemente, podemos citar o Recurso Extraordinário nº 226.899, afetado ao Tribunal Pleno, envolvendo a importação, por meio de contrato de arrendamento mercantil **de um avião de pequeno porte, para transporte de funcionários de uma empresa de eletricidade, que está pendente de julgamento, desde dezembro de 2009, com um voto favorável a incidência do ICMS e três votos pela não incidência do imposto, o que demonstra claramente que a jurisprudência do C. STF não está consolidada sobre o assunto.**

Dessa forma, abaixo tentaremos demonstrar os fatores predominantes que levaram o Tribunal Pleno do C. STF a decidir, ora pela incidência, ora pela não incidência do ICMS, nos contratos de arrendamento mercantil internacional. Vejamos:

Em um primeiro momento, o Tribunal Pleno entendeu que incidiria o ICMS na importação de bens mediante contrato de arrendamento mercantil (RE 206.069). Confira-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. ARRENDAMENTO MERCANTIL - "LEASING".

1. De acordo com a Constituição de 1988, incide ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior. Desnecessária, portanto, a verificação da natureza jurídica do negócio internacional do qual decorre a importação, o qual não se encontra ao alcance do Fisco nacional.
2. O disposto no art. 3º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 87/96 aplica-se exclusivamente às operações internas de leasing.
3. Recurso extraordinário conhecido e provido.
(Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 01/09/2005)

O Recurso Extraordinário nº 206.069 foi apresentado pela Fazenda do Estado de São Paulo, contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, que considerou indevida a incidência do ICMS na importação de um forno elétrico destinado à recuperação de vidros planos (contribuinte: FANA VID – Fábrica Nacional de Vidros de Segurança Ltda.), mediante contrato de arrendamento mercantil.

Neste caso, a Ministra Ellen Gracie entendeu que a Constituição Federal elegeu o elemento fático “*entrada de mercadoria importada*” como caracterizador da circulação jurídica da mercadoria para incidência do ICMS, sendo desnecessária a verificação da natureza do negócio jurídico ensejador da importação. Eis o trecho do voto condutor:

“Veja-se que, a par de incidir sobre "operações relativas à circulação de mercadorias", fez o Constituinte de 1988 constar do Texto Constitucional a expressa ressalva da incidência sobre "a entrada" do bem importado. Assim, concretizada a importação mediante a entrada de mercadoria ou bem destinado ao ativo fixo, tem-se por ocorrida a circulação econômica, por presunção constitucional.

E nem poderia ser de outra maneira, visto que o negócio jurídico ensejador da importação não se encontra ao alcance do fisco brasileiro, nem foi pautado pelas leis brasileiras, mas realizado no exterior. Por essa razão, em face da impossibilidade de tributar o ajuste - a teor da regra das transações internas, em que o vendedor é contribuinte do ICMS – o legislador constituinte optou por sujeitar ao ICMS o resultado do ajuste, consubstanciado na entrada da mercadoria importada. Eis que, em contraponto ao sistema da incidência genérica sobre a circulação econômica, o imposto será recolhido pelo comprador do bem que seja contribuinte do ICMS.”

Entendeu também que o inciso VIII, do artigo 3º da Lei Complementar nº 87/1996, somente seria aplicável às operações internas, pois *“a opção de compra constante do contrato internacional não está no âmbito da incidência do ICMS, nem o arrendador sediado no exterior é contribuinte. Por essa razão é que a Constituição Federal estabeleceu a entrada da mercadoria importada como fato gerador do imposto”*.

O Ministro Marco Aurélio, em voto-vista, que restou vencido, divergiu da D. Ministra e entendeu que não incidiria o ICMS, pois além de não restar caracterizada a circulação de mercadoria na importação mediante contrato de “leasing”, não haveria fundamento para sustentar que, em relação ao “leasing” interno, não haveria a incidência do imposto, mas no tocante ao “leasing” internacional haveria. Acrescentou também que a Fazenda do Estado só terá direito em cobrar o Imposto quando for feita a opção de compra do bem.

Posteriormente, quando o Tribunal Pleno julgou, novamente, o assunto entendeu que não incide o ICMS na importação de bens mediante contrato de arrendamento mercantil (RE 461.968). Veja-se:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II DA CB. LEASING DE AERONAVES E/OU PEÇAS OU EQUIPAMENTOS DE AERONAVES. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL.

1. A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de leasing não admite posterior transferência ao

domínio do arrendatário.

2. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto --- diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil --- é sobre "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".

3. Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas.

4. Recurso Extraordinário do Estado de São Paulo a que se nega provimento e Recurso Extraordinário de TAM - Linhas Aéreas S/A que se julga prejudicado."

(RE 461.968, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 30/05/2007)

O Recurso Extraordinário nº 461.968 foi apresentado pela Fazenda do Estado de São Paulo, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, reformando decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, considerou indevida a incidência do ICMS na importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves (contribuinte: TAM Taxi Aéreo Marília S/A), mediante contrato de arrendamento mercantil.

Neste precedente, em 30/05/2007, o Ministro Eros Grau entendeu que "*A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de leasing não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário.*" (...). "*Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas.*"

Frise-se que este julgado do C. STF refere-se especificamente ao caso das empresas aéreas que, conforme afirmado pelo D. Ministro Eros Grau, contariam com uma espécie típica de contrato com a indústria aeronáutica de grande porte, que se prestaria a viabilizar o uso das aeronaves pelas companhias de navegação

aérea. A peculiaridade do caso é elucidada pelo D. Relator (Ministro Eros Grau), em seu voto condutor, vejamos:

“Devo sublinhar, inicialmente determinada circunstância, atinente ao fato de a indústria aeronáutica de grande porte valer-se de modalidade peculiar de arrendamento mercantil para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas. Por mais estranho que possa parecer, aqui é a normalidade que aparenta ser peculiar. Pois de arrendamento mesmo se trata nesses casos. Vale dizer: ainda que se fale em *leasing*, as empresas arrendadoras [= indústria aeronáutica direta ou indiretamente] permanecem, ao final do termo do contrato, proprietárias dos bens transferidos temporariamente ao uso das companhias de navegação aérea. Este é um fato notório. Quando aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham são importadas em regime de *leasing* não se prevê a sua posterior transferência ao domínio do arrendatário. Ora, essa circunstância importa em que não se verifique, no caso, circulação de mercadoria, pressuposto da incidência do tributo de que se cuida.”

Como se verifica, o D. Ministro Eros Grau salientou que, no caso específico das importações de aeronaves e suas peças sob o regime de “leasing”, dado o fato notório de que a arrendadora permanece com o bem no final do contrato, não há a incidência do ICMS.

Mais adiante em seu voto, afirma que o julgamento do RE nº 461.968 não contradiz o entendimento firmado no RE 206.069, uma vez que nesse precedente julgou-se caso distinto, qual seja, a importação de bem destinado ao ativo fixo. Segue trecho do voto:

“E nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE n. 206.069, Relatora Ministral ELLEN GRACIE, no bojo do qual se verifica 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.”

Entretanto, no RE 206.069, o bem arrendado não havia sido incorporado ao ativo fixo do contribuinte, tanto é que a Ministra Ellen Gracie afirmou que “*a controvérsia refere-se à incidência do ICMS sobre importação de equipamento técnico (forno elétrico destinado à recuperação de vidros planos) **a ser incorporado ao ativo fixo do contribuinte (...).**” Ou seja, entendemos que, por se tratar de um bem de capital, pressupôs a Ministra que ele seria incorporado ao ativo imobilizado do contribuinte.*

Com a finalidade de esclarecer este fato, **foram interpostos Embargos de Declaração contra o acórdão demonstrando que a E. Corte teria partido de premissa fática equivocada, uma vez que o bem importado não se destinou a integrar o ativo fixo do contribuinte**, conforme se infere do seguinte trecho do acórdão que julgou referidos Embargos de Declaração:

“Alega a Embargante que ‘esta Suprema Corte partiu da premissa fática de que o bem mencionado na inicial teria sido importado com a finalidade de integrar o ativo da embargante (...). Ao contrário do que consta do acórdão embargado, o bem importado pela embargante não se destinou a integrar seu ativo fixo’.”

Entretanto, sem fazer qualquer menção a este fato, o E. Tribunal entendeu, em 25/06/2008, pela manutenção do acórdão embargado asseverando o seguinte:

“como assentado no acórdão recorrido, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços – **ICMS incide sobre a entrada de mercadorias importadas decorrentes de contratos internacionais de arrendamento mercantil (leasing), independentemente do exercício, pelo arrendatário, da opção de compra facultada ao final do contrato.**”
(g.n.)

Como se verifica, resta muito claro que, pela leitura do voto da Ministra Ellen Gracie, relatora do RE nº 206.069, não é possível afirmar que se pretendeu restringir o entendimento pela incidência do ICMS apenas aos casos de importação de bem destinado ao ativo fixo.

Ressalte-se que a Ministra Ellen Gracie, no RE nº 206.069, defendeu a incidência do ICMS por entender que “a *Constituição Federal* elegeu o elemento fático ‘*entrada de mercadoria importada*’ como caracterizador da circulação jurídica da mercadoria ou do bem, e dispensou indagações acerca dos contornos do negócio realizado no exterior.”

Enquanto que, o Ministro Eros Grau, em seu voto condutor, no RE nº 461.968, entendeu que o afastamento do ICMS deu-se especificamente por se tratar de um caso típico (importação de aeronaves e peças), o que não confrontaria o precedente anterior (RE 206.069/SP).

E a dúvida que surge é a seguinte: o C. STF afastou a incidência do ICMS sobre as operações de arrendamento mercantil internacional de aeronaves e suas partes e peças, por não vislumbrar em qualquer operação de arrendamento mercantil a ocorrência da hipótese de incidência do ICMS? Ou teria esse entendimento somente quando se trata de bem arrendado pela indústria aeronáutica de grande porte, em razão do alto valor de uma aeronave e de suas partes e peças, em que a aquisição do bem pelo arrendatário, ao final do contrato, é praticamente impossível?

As respostas para essas questões ainda não foram enunciadas pela C. Suprema Corte.

De fato, nos acórdãos que se seguiram, a orientação do C. Supremo Tribunal Federal foi exatamente nessa linha: nos casos em que o bem importado tratava-se de aeronaves e/ou suas partes e peças, decidiram que não incidiria o imposto (AgRg no RE nº 553.663, AgRg no RE 460.814, AgRg no RE 194.255 e AgRg no AI 686.970); e no único caso em que o bem importado não se tratava de aeronaves e/ou suas partes e peças, entenderam que incidiria o ICMS (RE nº 556.316).

Veja-se:

O Agravo Regimental apresentado no Recurso Extraordinário nº 553.663 foi interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, contra decisão monocrática, que, confirmando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, entendeu que não haveria incidência do ICMS na importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves (contribuinte: TL TÁXI AÉREO E LOCAÇÕES DE VEÍCULOS LTDA), mediante contrato de arrendamento mercantil:

“RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Contrato de arrendamento mercantil. Leasing. Inexistência de opção de compra. Importação de aeronaves. Não incidência do ICMS. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Não incide ICMS sobre as importações, do exterior, de aeronaves, equipamentos e peças realizadas por meio de contrato de arrendamento mercantil quando não haja circulação do bem, caracterizada pela transferência de domínio, ainda que sob a égide da EC nº 33/2001.”
(Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, j. 18/12/2007)

Nesta oportunidade, em 18/12/2007, o Ministro Cesar Peluso asseverou que *“A Corte adotou, portanto, o entendimento de que é a natureza jurídica do contrato de arrendamento mercantil (leasing), nas hipóteses de não haver, ao final do ajuste, opção de compra do bem, que determina a não incidência do ICMS **sobre as importações de aeronaves, peças e equipamentos do exterior.**”*

Já o Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário nº 556.316 foi apresentado por uma empresa mineira, contra decisão monocrática, que, reformando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, entendeu que haveria a incidência do ICMS na importação de mercadoria decorrente de contrato de “leasing” internacional (contribuinte: U & M MINERAÇÃO E CONSTRUÇÃO S/A):

"Agravo regimental em recurso extraordinário.
2. ICMS. Incidência. Entrada de mercadoria importado do exterior. Contrato de arrendamento mercantil (leasing). Precedente.
3. Agravo regimental a que se nega provimento."
(Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 01/04/2008)

Nesta situação, a decisão monocrática que antecedeu o acórdão do Agravo Regimental, asseverou que *“esta Corte, no julgamento do RE 206.069, (...) firmou entendimento no sentido de que incide o ICMS sobre a entrada de mercadoria importada independentemente da natureza do contrato internacional que motive a importação.”*

O contribuinte, com a finalidade de afastar a aplicação do precedente do RE nº 206.069, na petição de interposição do seu Agravo Regimental expressamente consignou que **“no arrendamento NÃO HÁ ENTRADA DO BEM NO ATIVO FIXO e, por conseguinte, não se tem como ocorrida a circulação econômica.”**

Todavia, ao julgar referido recurso o Ministro Gilmar Mendes, em 01/04/2008, sequer analisou a questão sobre esse enfoque, se limitando a afirmar que *“Incide ICMS sobre a entrada de mercadoria importada independentemente da natureza do contrato internacional que motive a importação”* e que *“(...) ao contrário do que entende a agravante, com o julgamento do RE 461.968, Red. Para o acórdão Eros Grau, DJ 14.6.2007, não ocorreu mudança de posicionamento deste Tribunal em relação à matéria (...).”*

Como se observa, o C. Supremo Tribunal Federal, neste caso, sequer consignou tratar-se de importação de bem *“a ser incorporado ao ativo fixo do contribuinte”*, como o fez no julgamento do RE nº 206.069, o que corrobora ainda mais a tese de que a Suprema Corte não se posicionou definitivamente sobre o assunto. Ou seja, mais uma vez não é possível afirmar que o C. STF pretendeu restringir o entendimento pela incidência do ICMS apenas aos casos de importação de bem destinado ao ativo fixo.

Posteriormente, todos os outros recursos (AgRg no RE 460.814, AgRg no RE 194.255 e AgRg no AI 686.970) analisaram a incidência do ICMS nas importações de aeronaves e/ou suas partes e peças, e foram favoráveis aos contribuintes (empresas prestadoras de transporte aéreo). Como segue:

O Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário nº 460.814 foi apresentado pelo Estado de São Paulo, contra decisão monocrática, que, mantendo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, entendeu que não haveria a incidência do ICMS na importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves (contribuinte: BRASAIR TRANSPORTES AÉREO LTDA), mediante contrato de arrendamento mercantil:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ARTIGO 155, II, DA CB. LEASING DE AERONAVES E/OU PEÇAS OU EQUIPAMENTOS DE AERONAVES. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. 1. A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de leasing não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário. 2. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto --- diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil --- é sobre "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". 3. Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas. Agravo regimental a que se nega provimento."
(AgRg 460.814, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 24/06/2008)

Neste precedente, em 24/06/2008, mesmo havendo previsão de compra do bem pelo arrendatário no contrato de "leasing", o Ministro Eros Grau argumentou que "*A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de leasing não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário*" e que "*Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas.*"

Por sua vez, o Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário nº

194.255 foi proposto pelo Estado de São Paulo, contra decisão monocrática, que, reformando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, asseverou que não haveria a incidência do ICMS na importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves (contribuinte: TAM Taxi Aéreo Marília S/A):

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ARTIGO 155, II, DA CB. LEASING DE AERONAVES E/OU PEÇAS OU EQUIPAMENTOS DE AERONAVES. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. AUSÊNCIA DE OPÇÃO DE COMPRA.

1. Importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de leasing sem a posterior transferência ao domínio do arrendatário.

2. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto --- diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil --- é sobre "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".

Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no RE 194.255, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 24/06/2008)

Nesta situação, em 24/06/2008, o Ministro Eros Grau defendeu que *“não basta que, no contrato de leasing, haja a opção de compra o bem pelo arrendatário, mas que essa condição seja efetivamente implementada. Daí porque o tributo não incide sobre a importação de aeronaves, equipamentos e peças mediante contrato de arrendamento mercantil (leasing).”*

Já o Agravo Regimental proposto no Agravo de Instrumento nº 686.970 foi apresentado pelo Estado de São Paulo, contra decisão que conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela empresa TRIP (TRANSPORTE AÉREO REGIONAL DO INTERIOR PAULISTA LTDA), para reconhecer a não incidência do ICMS na importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves, mediante contrato de arrendamento mercantil:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPORTAÇÃO DE AERONAVES. CONTRATO DE ARRENDAMENTO

MERCANTIL. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que não incide ICMS sobre as importações de aeronaves, por meio de contrato de arrendamento mercantil, quando não haja circulação do bem, caracterizada pela transferência de domínio (RE 461.968/SP, Rel. Min. Eros Grau, Plenário).

II - Agravo regimental improvido."

(AgRg no AI 686.970, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 23/06/2009)

Nesta oportunidade, em 23/06/2009, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que seria aplicável o precedente do RE 461.968 e manteve a decisão monocrática que reconheceu a não incidência do ICMS na importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves, mediante contrato "leasing".

Por fim, vale salientar ainda que, desde dezembro/2009, o Recurso Extraordinário nº 226.899, que trata da incidência do ICMS sobre a importação de um avião de pequeno porte, para transporte de diretores e funcionários da Caiuá Serviços de Eletricidade S/A, mediante contrato de arrendamento mercantil, aguarda julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Neste caso, a Ministra Relatora Ellen Gracie, em 04/02/2009, proferiu voto favorável à Fazenda do Estado de São Paulo, entendendo que deveria haver a incidência do ICMS sobre a importação.

Posteriormente, em 02/12/2009, o Ministro Eros Grau proferiu voto negando provimento ao Recurso Extraordinário da Fazenda do Estado de São Paulo, sendo acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Portanto, por se tratar de precedente em que o bem importado (avião de pequeno porte para transportar diretores e funcionários de empresa), mediante contrato de arrendamento mercantil, não se enquadra na finalidade de "*viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas*", tão

mencionada nos acórdãos mencionados acima, espera-se que a C. Corte Suprema, com o julgamento final do RE nº 226.899, expresse definitivamente seu posicionamento sobre o assunto.

4.2 A Jurisprudência dos demais Tribunais judiciais e administrativos

No E. Superior Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido de não incidir o ICMS em operações internacionais de arrendamento mercantil foi sedimentada pela 1ª Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência nºs 822.868 e 823.956, conforme se infere das seguintes ementas:

"TRIBUTÁRIO - CONTRATO DE LEASING - IMPORTAÇÃO DE BENS - NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 692.945/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, publicado em 11.9.2006, reconheceu a não-incidência de ICMS na importação de bens em regime de leasing em respeito ao princípio da liberdade de contratar, devendo ser respeitada essa modalidade contratual. Embargos de divergência providos."

(REsp 822868 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, 1ª Seção, j. 28/11/2007)

"TRIBUTÁRIO - CONTRATO DE LEASING - IMPORTAÇÃO DE BENS - NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS.

1. A Primeira Seção, , no julgamento do REsp 692.945/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, publicado em 11.9.2006, reconheceu a não-incidência de ICMS na importação de bens em regime de leasing em respeito ao princípio da liberdade de contratar, devendo ser respeitada essa modalidade contratual. Embargos de divergência providos."

(REsp 823956 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, 1ª Seção, j. 28/11/2007)

Apenas para citar as decisões mais recentes, vejamos as ementas dos seguintes julgados proferidos pelas 1ª e 2ª Turmas do E. Superior Tribunal de Justiça, favoráveis aos contribuintes, ainda quando se trata de bem para composição

de ativo fixo (REsp 10793:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE. ARRENDAMENTO MERCANTIL LEASING. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. As Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ possuem entendimento pacificado no sentido de que não incide ICMS na importação de aeronaves e de peças de reposição, em regime de leasing.

2. "Mesmo após a alteração que a EC 33/2001 promoveu no art. 155, § 2.º, "a", da Constituição da República, tem-se que nos contratos de leasing, por não existir a circulação jurídica da mercadoria, não incide o ICMS. A propriedade do bem permanece com o arrendante, sendo que a mera circulação física da mercadoria não configura o fato gerador daquele tributo" (AgRg nos EDcl no REsp 851386/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJ 01/02/2007).

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1114607 / SP, Rel. Min. Benedito Golçalves, 1ª Turma, j. 17/12/2009)

TRIBUTÁRIO – ICMS – IMPORTAÇÃO POR MEIO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL – NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO – PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Os embargos declaratórios não são cabíveis para a modificação do julgado que não se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro.

2. Fica evidente a pretensão infringente buscada pela embargante, com a oposição destes embargos declaratórios, uma vez que pretende ver alterado o acórdão de acordo com sua tese.

3. Conforme consignado no acórdão embargado, não incide ICMS na importação de bens em regime de leasing em respeito ao princípio da liberdade de contratar, devendo ser respeitada essa modalidade contratual, ainda que o fato gerador tenha ocorrido após a vigência da Emenda Constitucional n. 33/2001. Precedentes da Primeira Seção/STJ.

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl nos EDcl no REsp 1028968 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 06/10/2009)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL – ICMS –

IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS EM REGIME DE LEASING – NÃO-INCIDÊNCIA – PRECEDENTES.

1. Posição remansosa desta Corte e do STF, em vários precedentes, quanto à não-incidência de ICMS na importação de mercadorias para composição de ativo fixo.

2. Recurso especial não provido.”

(REsp 1079394 / ES, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 23/04/2009)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE BEM MEDIANTE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A incidência do ICMS pressupõe a efetiva circulação de mercadorias, com a necessária transferência da sua titularidade, o que não ocorre no arrendamento mercantil, salvo quando o arrendatário optar pela compra do bem ao término do contrato.

2. É remansosa a jurisprudência desta Corte no sentido de que a importação de bens mediante contrato de arrendamento mercantil (leasing) não constitui fato gerador do ICMS.

3. Recurso desprovido.”

(AgRg no REsp 622283 / SP, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. 23/05/2006)

Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Administrativos dos Estados também estão decidindo no sentido de não incidência do ICMS sobre as operações de arrendamento mercantil internacional. A título ilustrativo, vejamos as seguintes ementas:

“ICMS - Mandado de Segurança preventivo - Não incidência de ICMS - Importação de máquina impressora rotativa, na modalidade de arrendamento mercantil - Hipótese de não incidência do tributo estadual em face do art. 3º da lei 87/96 - a nova redação do art. 155, § 2º, IX, letra "a", da Constituição Federal, não interfere na questão, pois a hipótese é de não incidência decorrente de lei - não se discute a tributação de bem importado - Segurança mantida - Recursos improvidos.”

(TJ/SP, Processo nº 925922.5/0, Rel. Des. Marcio Nogueira, 1ª Câmara de

Direito Público, j. 18/08/2009)

“MANDADO DE SEGURANÇA. Liminar. ICMS. Desembaraço de equipamento

médico, objeto de arrendamento mercantil internacional. Operação que não caracteriza fato gerador do imposto. Artigo 3o, VIII, da Lei Complementar nº 87/96. Liberação sem recolhimento do imposto. Entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Sentença que concedeu a ordem. Recursos oficial e voluntário improvidos.”

(TJ/SP, Processo nº 780046.5/7, Rel. Des. Antonio Carlos Villen, 10ª Câmara de Direito Público, j. 20/07/2009)

“TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE. ARRENDAMENTO MERCANTIL. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. PRECEDENTES. 1. A importação de mercadorias mediante contrato de arrendamento mercantil (leasing) não caracteriza fato gerador do ICMS. 2. Até o término do contrato, não há transmissão de domínio, razão pela qual se entende que não existiu circulação do bem para fins de cobrança do ICMS. 3. Em que pese causar estranheza a discrepância de todos os valores envolvidos no contrato com o valor residual, tal fato não é suficiente para se afirmar que o contrato dissimula os fatos. Corrobora a assertiva os demais termos do contrato onde se extrai expressamente que a contribuinte não dispõe da propriedade da aeronave não podendo exercer todas as faculdades que são inerentes ao titular do domínio.”

(TJ/MG, Processo nº 1.0024.07.759693-0/001, Rel Des. Brandão Teixeira, j. 19/03/2009).

“TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIA IMPORTADA. ARRENDAMENTO MERCANTIL. A IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS MEDIANTE ARRENDAMENTO MERCANTIL NÃO ESTÁ SUJEITA A INCIDÊNCIA DO ICMS, PORQUANTO INEXISTE A SAÍDA FÍSICA E JURÍDICA DO BEM. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.”

(TJ/RS Apelação e Reexame Necessário nº 70012623294, 2ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, j. 26/04/2006)

“ICMS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. GUIA DE RECOLHIMENTOS ESPECIAIS. IMPORTAÇÃO DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO PARA AERONAVES. MANDADO DE SEGURANÇA

OBJETIVANDO DESEMBARAÇO ADUANEIRO SEM PAGAMENTO DE ICMS. MEDIDA LIMINAR CASSADA COM SENTENÇA DENEGANDO a SEGURANÇA. RECURSO PENDENTE NO TJSP.

Decisão recorrida proclamou que a LC 87/96 não abrange operações realizadas com entidades arrendadoras domiciliadas no exterior. Decisão recorrida concluiu que bastam a entrada da mercadoria importada do exterior e a efetivação do desembaraço aduaneiro para caracterizar o fato gerador do ICMS.

Decisão paradigmática, da própria Recorrente, determinou que, no caso, está ausente um dos elementos essenciais do critério material da hipótese de incidência do ICMS, ou seja, a transferência de titularidade, conforme jurisprudência do STJ. Decisão recorrida mencionou simulação com fundamento apenas no valor residual irrisório para exercício da opção de compra.

Acusação inicial, a manifestação fiscal e a decisão monocrática sequer cogitaram de simulação. Paradigma válido e eficiente.

Evidente a divergência de interpretação.

Recurso Especial conhecido. No mérito, arrendamento mercantil não tipifica transferência de titularidade inexistindo, portanto, operação relativa à circulação de mercadoria. Orientação

pacífica do STJ e recente decisão plenária, uniforme, do STF (esta, em processo da própria Recorrente, publicada em 24.08.07) rejeitam a pretensão fiscal de incidência de ICMS na importação celebrada com base em arrendamento mercantil. Irrelevante se trata somente de aeronaves e/ou de peças e/ou equipamentos. Conclusão é de não incidência do imposto.

Recurso Especial provido.

RECURSO CONHECIDO. PROVIDO. DECISÃO NÃO UNÂNIME."

(Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, AIIM nº 2067897-6, Processo DRTC III 496615/2001, Câmaras Reunidas, j. 12/08/2008)

"ICMS. DEIXOU DE PAGAR ICMS NA IMPORTAÇÃO DE AERONAVE, POR OCASIÃO DE SUA ENTRADA NO TERRITÓRIO PAULISTA. LEASING.

Não há incidência do ICMS quando a entrada no país se dá sob o regime de leasing. Precedentes do STF. Com relação às preliminares delas tomo conhecimento e as rejeito. A divergência quanto decisão anterior, embora de forma sucinta se apresenta satisfatória. No mérito a decisão deve ser a de não provimento do recurso especial. A razão se apresenta simples. Pela não incidência vem concluindo os Tribunais Superiores, conforme farta indicação no voto sob ataque e ainda nas contra-razões de recurso.

RECURSO CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. DECISÃO NÃO UNÂNIME "

(Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, AIIM nº 3046650-7, Processo DRTC III 860149/2005, Câmaras Reunidas, j. 26/05/2009)

"ICMS - Omissão no recolhimento do imposto - mercadoria importada do exterior - ausência da nota fiscal de entrada referente à Declaração de Importação - DI nº 0203349177/001 - comprovado o arrendamento mercantil mediante contrato de leasing - por maioria de votos - improcede a autuação.

I - A comprovação da existência do acordo bilateral, firmado no contrato de arrendamento mercantil pelo processo de leasing, entre o sujeito passivo e o seu fornecedor de outro País, estando confirmada de modo concreto na instrução da defesa, tem poderes para modificar a constituição do crédito, reformar a decisão singular e suportar a declaração da improcedência da autuação.

II - A operação realizada pelo sujeito passivo, mediante a celebração de contrato de leasing, foi analisada na sessão cameral e concluiu, com voto majoritário, que a decisão do mérito da questão se convergisse de acordo com a formalização do processo, acordando, portanto, que ela oferece subsídio para a reforma da decisão singular e a declaração da improcedência do auto de infração.

III - "O imposto não incide sobre as operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário." (Art. 3º, inciso VIII da Lei Complementar nº 087/96)

Certificamos que, conforme anotação na pauta de julgamento e nos termos das atas das sessões realizadas dia 24/11/03 e hoje, a Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Nylson Teixeira e Jomar Miranda. Vencido o Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira que votou pela procedência do feito."

(Conselho Administrativo Tributário de Goiás, Processo nº 3003681131056, Cons. Rel. Nylson Teixeira, 1ª Câmara, j. 24/11/2003)

"ICMS - Suposta falta de pagamento do imposto. Importação de aeronave mediante contrato de arrendamento mercantil (LEASING).

I - Hipótese em que não incide o ICMS, nos termos do art. 3.º, inciso VIII, da lei Complementar n. 87/1996.

II - A incidência do tributo estadual pressupõe a efetiva circulação da mercadoria com a transferência de sua titularidade, o que não ocorre no arrendamento mercantil. Recurso Ordinário conhecido e provido por maioria. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Vogais da 3.^a Câmara do CCRF, Gerson Tarosso, Ademir Furlanetto e José Alexandre Saraiva, acompanhando o voto do Vogal designado Lídio Franco Samways, em dar provimento ao Recurso Ordinário, por maioria, contra os votos das Vogais Luciana Nara Trintim e Rose Mairie Rodriguez Heidemann, que negam provimento."

(Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Paraná, Processo nº 64241222, Rel. Luciana Nara Trintim, 3.^a Câmara, j. 30/05/2007)

5. CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho consistiu no exame de alguns aspectos envolvendo o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de competência dos Estados e do Distrito Federal, notadamente a incidência do tributo sobre operações de importação realizadas sob a forma de arrendamento mercantil (“leasing”).

Antes de demonstrar as hipóteses de incidência do tributo em questão, com a finalidade de se perquirir a possibilidade de incidência do ICMS nas importações realizadas mediante contrato de “leasing”, analisamos pormenorizadamente os elementos que compõem o referido contrato e a sua natureza jurídica.

Nesse aspecto, concluímos que o contrato de arrendamento mercantil tem natureza jurídica mista, que une elementos do contrato de locação, financiamento e com cláusula especial de compra e venda, formando uma tríade obrigacional una e indivisível.

Posteriormente, foram explicitadas as formas de arrendamento mercantil existentes na legislação brasileira, quais sejam: o arrendamento mercantil operacional e o arrendamento mercantil financeiro.

Em relação à primeira modalidade, dentre outras características, demonstramos que ela pode ser resumida como sendo uma locação de bens, realizada, geralmente, entre o fabricante ou importador do bem e o “locador”, com cláusulas de prestação de serviços, essencialmente ligados ao contrato, e de opção de compra, ao final da avença, pelo valor de mercado do bem arrendado, com possibilidade de rescisão unilateral da arrendatária a qualquer tempo.

No arrendamento mercantil operacional foi registrado também que as

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

Já em relação ao “leasing” financeiro, foi apontado que é o tipo contratual em que a característica mais específica é o financiamento, onde o fabricante ou importador do bem não figura como locador.

Ou seja, há uma empresa de “leasing” (arrendadora) que adquire o bem e contrata o arrendamento com o arrendatário. Enquanto no “leasing” operacional prevalece a cessão do uso, a locação, a prestação de serviço de manutenção e assistência técnica, possibilitando a rescisão unilateral do contrato, no “leasing” financeiro prevalece o caráter de financiamento, não podendo ser rompido unilateralmente antes do término do prazo previsto.

Nessa forma contratual, as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, devem normalmente ser suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, por esse motivo, a opção de compra é efetivada pelo valor residual estipulado pelas partes no contrato, que pode ter valor simbólico, dependendo do caso.

Por fim, consignamos que não reconhecemos nesse tipo contratual o caráter translático de propriedade, sustentado por alguns autores, posto que tal elemento, no contrato de arrendamento mercantil financeiro é decorrente de mera comodidade das partes e não elemento de sua finalidade.

Em outras palavras, o contrato de arrendamento mercantil não implica, necessariamente, na aquisição do bem arrendado pelo arrendatário, inclusive na modalidade de “leasing” financeiro, de modo que afirmar o contrário seria o mesmo que banir do nosso sistema jurídico o referido tipo contratual e limitar as operações realizadas pelos particulares em apenas “locação” ou “compra e venda”, o que

jamais poderá ser admitido.

Feitas essas considerações, demonstramos as hipóteses de incidência do ICMS instituídas pela Constituição Federal, especialmente, os traços característicos do ICMS incidente sobre as operações relativas à circulação de mercadorias (incidente sobre operações mercantis), uma vez que é nessa hipótese de incidência que, aparentemente, estariam incluídas as operações de importação de bens mediante o contrato de arrendamento mercantil.

Assim, apontamos todos os elementos que compõe a hipótese de incidência desse tipo tributário, a saber, os termos: a) operações; b) circulação; e c) mercadorias; e asseveramos que a expressão “*operações relativas à circulação de mercadorias*” pressupõe a realização de operações jurídicas que levam as mercadorias desde a fonte de produção para o consumo, com fins lucrativos e mudança de titularidade. Ou seja, sem que haja um deslocamento em direção ao consumo (com fins lucrativos e mudança de titularidade), não há que se falar em circulação de mercadorias, nem tampouco em incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

No tocante ao ICMS incidente sobre as operações de importação, foi demonstrado que, mesmo com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 33/2001 ao parágrafo 2º, inciso IX, do artigo 155, da CF, houve a manutenção da transferência de titularidade como núcleo constitucional da materialidade do ICMS, e não a mera entrada física do bem no território nacional.

Isso porque, ao interpretar sistematicamente os conceitos trazidos pela Constituição Federal, conclui-se 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, não podendo o disposto no parágrafo 2º, inciso IX, do artigo 155, da CF ser interpretado isoladamente, como se tratasse de outro imposto; em outras palavras, qualquer bem ou mercadoria procedente do exterior, para ser submetido ao ICMS há de ser objeto de “*operação relativa à circulação de mercadoria*”.

E, ao aplicar tal conclusão ao caso específico versado no presente trabalho, afirmamos que, em razão de o contrato de arrendamento mercantil, seja ele nacional ou internacional, ter natureza jurídica mista (une elementos do contrato de locação, financiamento e com cláusula especial de compra e venda), é somente por ocasião do exercício da opção de compra que o ICMS poderá incidir sobre o referido tipo contratual, pois é apenas nesta oportunidade que ocorrerá, efetivamente, a transferência de titularidade do bem.

Em outras palavras, sem o exercício da opção de compra do bem arrendado, não há operação de circulação da mercadoria, de modo que não se pode falar em incidência do ICMS no momento da importação de bens mediante contrato de arrendamento mercantil.

Ademais, a Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 3º, foi expressa ao determinar a não incidência do imposto em operações fundamentadas em contratos de arrendamento mercantil.

E, em que pese tal dispositivo legal não ter consignado expressamente que a não incidência também se aplica ao arrendamento mercantil internacional, pensar o oposto feriria de morte o princípio constitucional da igualdade, o que nos leva a crer que a não-incidência do ICMS deve ser aplicada para ambas as modalidades (arrendamento mercantil nacional e internacional).

Por outro lado, discordando de alguns doutrinadores, demonstramos que havendo o exercício da “opção de compra”, estará caracterizada a ocorrência da hipótese de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), conforme previsão contida no artigo 3º, inciso VIII (segunda parte) da Lei Complementar nº 87/1996.

Desse modo, concluímos que a única possibilidade para incidência do ICMS nas operações de arrendamento mercantil, sejam elas internas ou internacionais, é quando o arrendatário adquire a propriedade do bem arrendado,

configurando, desse modo, a efetiva “circulação de mercadorias”, imprescindível para a caracterização do fato gerador do imposto, conforme previsão expressa do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal.

Entretanto, embora seja clara a não incidência do ICMS nas operações de arrendamento mercantil internacional, quando não há o exercício da opção de compra do bem, a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal não está pacificada sobre o assunto, notadamente quando a importação se refira a outros bens, que não sejam aeronaves e suas partes e peças.

Isso porque, embora o C. STF tenha reconhecido a não incidência do Imposto sobre as operações de “leasing” referentes à importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos de aeronaves (indústria aeronáutica de grande porte), em todos os casos que julgou sobre o assunto, entendeu que haveria a incidência do Imposto em outros dois casos envolvendo uma empresa de Mineração e Construção e uma Fábrica de Vidros (RE nº 206.069 e AgRg no RE nº 556.316).

Ademais, vale salientar ainda que, desde dezembro/2009, o Recurso Extraordinário nº 226.899, que trata da incidência do ICMS sobre a importação de um avião de pequeno porte, para transporte de diretores e funcionários da empresa Caiuá Serviços de Eletricidade S/A, mediante contrato de arrendamento mercantil, aguarda julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, com um voto favorável a incidência do ICMS e três votos pela não incidência do imposto.

Em razão dessas decisões conflitantes, não podemos afirmar com propriedade se o C. STF afastou a incidência do ICMS sobre as operações de arrendamento mercantil internacional de aeronaves e suas partes e peças, por não vislumbrar em qualquer operação de arrendamento mercantil a ocorrência da hipótese de incidência do ICMS, ou se a Corte teria esse entendimento somente quando se trata de bem arrendado pela indústria aeronáutica de grande porte, em razão do alto valor de uma aeronave e de suas partes e peças, em que a aquisição do bem pelo arrendatário, ao final do contrato, é praticamente impossível, como afirmado pelo Ministro Eros Grau no julgamento do RE nº 461.968.

Desse modo, espera-se que a C. Corte Suprema, com o julgamento final do RE nº 226.899 mencionado acima, expresse definitivamente seu posicionamento sobre o assunto, considerando que o bem importado (avião de pequeno porte para transportar diretores e funcionários de empresa), mediante contrato de arrendamento mercantil, objeto do referido recurso extraordinário, não se enquadra na finalidade de “*viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas*”, tão mencionada nos acórdãos que entenderam pela não incidência do imposto.

Bibliografia

- ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. **Núcleo da Definição Constitucional do ICM**. Revista de Direito Tributário vols. 25/26.
- BALEEIRO, Aliomar. **ICMS sobre importação de bens de capital para uso do importador**. Revista Forense, v. 250, 1975.
- BENJÓ, Celso. **O leasing na sistemática jurídica nacional e internacional**. Revista Forense, v. 274, 1981.
- CARDOSO, Jorge G. **Aspectos controvertidos de arrendamento mercantil**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas nº 5, São Paulo: RT, 1993.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CHIESA, Clélio. **Sistema Constitucional Tributário – Algumas Inconstitucionalidades da LC 87/96**. São Paulo: LTR, 1997.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COSTA, Alcides Jorge. **ICM na Constituição e na Lei Complementar**. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.
- DELGADO, José Augusto. **A caracterização do leasing e seus efeitos jurídicos**. Revista de Direito Forense, v. 269.
- . **Leasing - Doutrina e Jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GICO JR., Ivo Teixeira. **Elementos do contrato de arrendamento mercantil (leasing) e a propriedade do arrendatário**. Revista de Informação Legislativa, 1999. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/18. Acesso em: 11/11/2009.
- GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão**. São Paulo: RT, 1972.
- GRECO, Marco Aurélio; ZONARI, Anna Paola. **ICMS. Materialidade e Princípios Constitucionais**. In *Curso de direito Tributário*. Vol. 2. 5ª ed. (Coord.

- Ives Gandra da Silva Martins). Belém: CEJUP.
- HIGUCHI, Hiromi; HIGUCHI, Celso Hiroyouki. **Imposto de renda das empresas – Interpretação e prática**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. **Leasing**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais 3, 1998.
- LOPES, Mauro Brandão. **Natureza Jurídica do Leasing**. Revista de Direito Mercantil v. 14.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- . **Curso de direito comercial**. Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- MARTINS, Ives Gandra. **A Constituição Apenas Define Competências – Cabe à Lei Complementar Explicitá-las e, no Seu Esquadro Normativo, Cabe à Lei Ordinária Definir a Imposição – Locação de Bem Estrangeiro Não Significa Importação, Mesmo que Revista a Forma de Singelo Leasing Financeiro, sem Opção de Compra – A Hipótese de Imposição do ICMS nas “Importações” de Bens e Mercadorias – Análise Jurisprudencial das Decisões dos Tribunais Superiores – Impossibilidade Constitucional da Incidência do ICMS ou do ISS sobre Locação (Leasing Financeiro) de Aeronaves no Exterior – Parecer**. Revista de Estudos Tributários nº 50, Jul-Ago/2006 – DOCTRINA.
- MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS – Teoria e Prática**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 1996.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. **O ICMS, a LC 87/1996 e questões jurídicas atuais**. São Paulo: Dialética, 1997.
- PAES, P. R. Tavares. **Leasing**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 21.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Leasing (arrendamento mercantil)**, Revista Forense, v. 287.
- . **Instituições de direito civil**. 10ª ed., v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. **Arrendamento Mercantil (Leasing)**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- RIBEIRO, Mary Carla Silva. **O Arrendamento Mercantil Financeiro na Administração Pública**. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, 2006.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ROCHA, Valdir de Oliveira. **O ICMS e a EC 33**. São Paulo: Dialética, 2002.
- SALOMÃO, Marcelo Viana. **ICMS na Importação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- SAMANEZ, Carlos Patrício. **Leasing - Análise e Avaliação**. São Paulo: Ed. Atlas, 1991.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- SOUZA, Hamilton Dias de. **O ICMS na Lei Complementar nº 87/96**. Repertório IOB de Jurisprudência 1/10590.
- SOUZA FILHO, Iran. **O contrato de leasing e a responsabilidade subsidiária com benefício de ordem do arrendante pelos danos causados a terceiros pelo arrendatário**. Dissertação de mestrado. Bahia: Universidade Federal da Bahia, 2007.
- VANTI, Sílvia. **Leasing: Aspectos Controvertidos do Arrendamento Mercantil**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- WALD, Arnaldo. **A introdução do leasing no Brasil**. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 415, 1970.
- . **Curso de Direito Civil Brasileiro - Obrigações e Contratos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- . **Da ilicitude da inclusão da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 591, 1985.
- . **Histórico e desenvolvimento do leasing**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 250, 1975.