

Pelo direito brasileiro, no entanto, a regra é a de que “a reconvenção não poderá ser admitida, se o juiz for absolutamente incompetente para conhecê-la” (Moacir Amaral Santos, *Da Reconvenção*, n. 75). O art. 109 do novo CPC alude, assim, apenas à prorrogação da competência relativa, harmonizando-se pois com o artigo 470. (José Carlos Barbosa Moreira, *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, n. 801).

10. Cuidamos aqui apenas da *prejudicialidade homogênea*, isto é, ocorrente dentro do âmbito do processo civil; não da prejudicialidade *heterogênea*, a envolver relações interjurisdicionais, ou seja, a decisão do juízo civil a influir na decisão do juízo criminal, e vice-versa, hipótese em que a possibilidade de declaratória incidente é afastada pela radical incompetência “*ratione materiae*” do juiz da causa prejudicada. A respeito o parágrafo único do art. 64 (prejudicialidade eventual facultativa) e arts. 92/93 do Código de Processo Penal (*vide* Arruda Alvim, *Direito Processual Civil*, tomo II, págs. 286 e seguintes; Euclides C. da Silveira, *Da Prejudicialidade Jurídica Heterogênea no Processo Penal*, in *Estudos de Direito Processual Civil* em memória do Min. Costa Manso, ed. Rev. dos Tribunais, 1965, pág. 168; Ada Pellegrini Grinóver, *Ação Declaratória Incidenta*).

LEASING, ICM E IMPOSTO DE TRANSMISSÃO

FERNANDO DE VASCONCELLOS COELHO
Procurador das Execuções Fiscais do
Estado de Pernambuco

I — INTRODUÇÃO

1. Instituto surgido no após-guerra não mereceu o *leasing*, até hoje, na literatura jurídica brasileira, tratamento sistemático que aborde, com a necessária profundidade, qualquer dos seus aspectos.

Mesmo Pontes de Miranda, no *Tratado de Direito Privado* — no gênero a obra mais completa de autor nacional — não enfrenta o tema. O *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, apesar dos objetivos expostos por Carvalho Santos no início de sua publicação,¹ nem ao menos registra o verbete. Estudos como os de Fábio Konder Comparato,² de Arnaldo Wald,³ de Afonso Almira,⁴ de Oswaldo Mattos Filho,⁵ de Luiz Mélega⁶ e de Gláucio Veiga,⁷ no que pese ao mérito do pioneirismo, algumas vezes, sugerem mais

¹ *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Borsol, Rio de Janeiro, 1947, vol. 1.

² *Contrato de Leasing*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 389, 1957, págs. 7/14.

³ *Introdução do Leasing no Brasil*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 415, 1970, págs. 9/14; *Leasing: o que é, como funciona*, in *RT Informa*, 2.^ª quinzena de setembro, 1970, págs. 25/27.

⁴ *Leasing — Nova Técnica de Financiamento*, in *Carta Mensal*, da Federação Nacional do Comércio, n.º 161, junho de 1969, págs. 3/9.

⁵ *Problemas nas operações de leasing*, in *Estado de São Paulo* 15.08.71.

⁶ *Leasing*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 5, Ano XI, 1972, págs. 29/40.

⁷ *Sobre Leasing e Factoring*, in *Legislação Nordestina, Boletim Semanal* n.º 111, Ano III, Semana de 28.08.72 a 02.09.72; *Leasing e Tributação* in *Legislação Nordestina, Boletim Semanal* n.º 114, Ano III, Semana de 18.09.72 a 23.09.72.

a existência de problemas que aprofundam o exame de suas soluções.

Divulgadas, já, sobre o assunto, as obras de C. J. de Assis Ribeiro⁸ e de A. Lopes de Sá,⁹ continua a matéria, não obstante, mais versada nas publicações especializadas de economia e finanças¹⁰ que nas revistas de Direito.

2. Por outro lado, não havendo o *leasing*, até agora, entre nós, sido disciplinado por lei — a exemplo do que já ocorreu em diversos países¹¹ e permanecendo relativamente reduzida a sua aplicação — apesar do importante papel que vem assumindo na vida econômica de outras nações¹² e já prenuncia também aqui,¹³ pelo crescente interesse despertado nos setores empresariais brasileiros,¹⁴ os conflitos de natureza tributária a que pode dar lugar

⁸ *Leasing: Fator de Produtividade*, Rio de Janeiro, 1970.

⁹ *Leasing e Finanças de Empresas*, Apec Editora S/A, Rio de Janeiro, 1972.

¹⁰ Na *Conjuntura Econômica*, da Fundação Getúlio Vargas, foram publicados, entre outros, os seguintes artigos: *O Leasing e o Empresário: Alguns Aspectos a Considerar*, vol. 25, janeiro 1971, págs. 77/79; *O Leasing e as Instituições Financeiras*, vol. 25, abril 1971, págs. 103/107; *Bancos Comerciais e as Operações de Leasing*, vol. 26, janeiro, 1972, págs. 44/47.

¹¹ Cfr. Arnoldo Wald, *A Introdução do Leasing no Brasil*, loc. cit. página 11.

¹² “O extraordinário sucesso do *leasing* em tão curto espaço de tempo não tem deixado de impressionar os observadores. Nos Estados Unidos, iniciada a sua prática sistemática em 1950, o volume dos contratos firmados atingia já em 1954 dez milhões de dólares e, em 1961, 500 a 700 milhões, prevendo alguns economistas que a percentagem do *leasing* na formação da totalidade dos investimentos privados americanos poderá ser de 10% em 1970. Atualmente existem naquele país mais de cem sociedades de *leasing*. Cerca de 50% das empresas norte-americanas recorrem a esse modo de investimento, proporção que chega a 88% no comércio de varejo e a 93% no setor petrolífero. Na França estima-se que o volume global dos contratos firmados em 1965 atingia 700 milhões de francos, cinco anos após a sua introdução no país”. Fábio Konder Comparato, ob cit, pág. 8).

¹³ “Apesar da falta de regulamentação, o setor de *leasing* vem crescendo ao ritmo de 100% ao ano, estimando a Associação Brasileira das Empresas de Leasing (Abel) que a receita de suas filiadas tenha chegado a Cr\$ 90 milhões em 1972, passando a Cr\$ 180 milhões no corrente ano (Tribunais de Justiça, São Paulo, n.º 679, de 31.01.1973).

¹⁴ A Fundação Lowndes promoveu em dezembro de 1968 um simpósio especial para estudo e debate de matéria, do qual resultou a monografia de C. J. de Assis Ribeiro, *Leasing: Fator de Produtividade* (Afonso Almiro, loc. cit.). O Sistema Financeiro CRECIF, em setembro de 1972, em colaboração com o Instituto dos Advogados de Pernambuco, promoveu no Recife uma Mesa Redonda sobre aspectos legais, econômicos e financeiros do *leasing*, participando dos trabalhos, além de juristas, empresários e autoridades fazendárias (*Leasing: Aspectos de sua problemática*, Instituto dos Advogados de Pernambuco, Cadernos de Conferências, Recife, 1973). O Estado de São Paulo, de 30.03.73, noticiou a realização, em São Paulo, de um Seminário Nacional sobre Leasing, promovido pela Fiesp, Ciesp, Idort e Abel.

ainda não ensejaram a devida análise. Não se aponta, também, até esta data, um só julgado dos nossos Tribunais sobre o assunto.

3. O próprio conceito do instituto ainda não resta fixado pela doutrina em linhas definidas e precisas, invocando-se comumente, para a sua caracterização, tipos e formas assumidas em outros países, com traços nem sempre totalmente coincidentes, em decorrência de peculiaridades que impõem ajustamento e adaptações para que seja objetivada a sua função econômica e financeira, alargada em campos de atuação cada vez mais vastos.

4. Pequena, assim, a contribuição doutrinária para o deslinde desses problemas e inexistente, até agora, qualquer tratamento jurisprudencial da matéria, cresce não obstante, independentemente de controle, o volume das operações de *leasing* em nosso país — antecipando-se ao Direito, mais uma vez, a dinâmica dos fatos. Daí a necessidade do disciplinamento legal do instituto, para que possa ele cumprir a sua função — sem distorções que o poderão conduzir à asfixia no campo fiscal, face à natural atitude dos órgãos fazendários frente à possibilidade de vê-lo transformado em perigosa válvula aberta à evasão tributária.

II — HISTÓRICO

5. Fábio Konder Comparato aponta, entre os antecedentes históricos do *leasing*, na Idade Média, o censo reservativo ou renda fundiária que — instituído pela pressão das necessidades econômicas numa época em que os capitais imobiliários eram escassos — dava lugar à alienação de imóveis independentemente do pagamento do preço de aquisição à vista ou a curto prazo. Depois de acentuar que o velho censo medieval ainda subsiste em algumas legislações, inclusive na brasileira, e que as instituições jurídicas correspondem às exigências sociais de cada momento histórico, conclui que “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 tenha sido exco-

gitada justamente num ordenamento jurídico da *common law*, cujas matrizes, como é sabido, são puramente medievais.¹⁵

6. Indica a doutrina, todavia, como origem próxima do *leasing*, os contratos de empréstimo e arrendamento celebrados entre os Estados Unidos e países aliados na segunda guerra mundial.

Face à posição oficial de neutralidade dos Estados Unidos, determinante da adoção da política de *cash and carry*, através da qual exigiam pronto pagamento pelos bens vendidos e seu transporte nos navios dos adquirentes — solução que, de logo, atingia também o resultado de vedar indiretamente as vendas à Alemanha e à Itália, na época sem condições para atender a tais exigências — a França e a Inglaterra, no início da guerra, tiveram de financiar a suas compras de matérias-primas e equipamentos naquele país.

Esgotados os recursos franceses e ingleses no exterior e interessando aos Estados Unidos não apenas manter, mas intensificar os fornecimentos — à vista do desenvolvimento e perspectivas da guerra — por iniciativa de Roosevelt, anunciada em discurso pronunciado em 6 de janeiro de 1941, foi editado em 11 de março do mesmo ano o *Lend-lease Act*, lei pela qual o governo norte-americano era autorizado a ceder, mediante financiamento, material de guerra a todas as nações cujo fortalecimento militar fosse considerado vital para a defesa dos EE.UU. O reembolso desses empréstimos podia ser efetuado inclusive com a devolução do material depois de usado.¹⁶

O processo foi amplamente utilizado no curso da guerra, inclusive em empréstimos e arrendamentos feitos ao Brasil.¹⁷

7. Determinada por motivos políticos e originada no setor público, como relação entre governos, a fórmula, todavia, parece ter inspirado as iniciativas assemelhadas que se seguiram no setor privado, a partir de 1950.

¹⁵ Ob. cit., págs. 13/14.

¹⁶ Cfr. Fernando Baudhuin, *Princípios de Economia Contemporânea*, vol. II, A *Circulação*, Difusão Européia do Livro Ltda., 1966, págs. 252/253.

¹⁷ Cfr. Newton C. de Andrade Melo, *Causas e Conseqüências da Participação do Brasil na II Grande Guerra*, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1958.

8. Surgindo, dessa forma, nos Estados Unidos da América do Norte, como instrumento de crédito a médio prazo — quando inúmeras empresas em crescimento, após a guerra, encontravam sérias dificuldades para o levantamento no mercado de capitais dos fundos necessários à sua expansão, o *leasing*, em pouco tempo, passou a ser utilizado também na Europa, particularmente na França, Inglaterra, Itália, Alemanha e Bélgica e, na América Latina, especialmente na Venezuela e México.¹⁸

9. No Brasil, somente em 1967 surgiram as primeiras sociedades tendo por objeto as operações de *leasing*, não sendo muitas, ainda, as existentes.

III — ESPÉCIES

10. Da mesma maneira como se difundiu rapidamente no mundo ocidental, passando a ter importância cada vez mais relevante no volume dos financiamentos, também assumiu formas as mais variadas, num processo cuja dinâmica, ainda hoje — sem que se tenha cristalizado um esquema típico uniforme para as múltiplas operações agrupadas indistintamente sob a mesma denominação — dificulta a própria fixação do conceito jurídico do instituto.

11. Os estudos sobre o tema apontam, como espécies do mesmo gênero, as seguintes modalidades principais: a) *leasing* financeiro (*financial leasing*) b) *leasing* operacional (*operational leasing*), c) venda-retorno em arrendamento (*lease-back*); d) *self lease*.

12. O *leasing* financeiro, em linhas gerais, é uma coligação de negócios jurídicos através dos quais uma empresa adquire determinado bem, a pedido de outra, para o fim específico de locá-lo a esta em condições previamente estipuladas, dando-o em locação por prazo certo e assegurando, à locatária, a opção de sua compra no término da locação, por um preço residual.

13. O *leasing* financeiro reúne, assim, em princípio, três centros de interesses: a) a locatária ou utilizadora direta do bem recebido em locação com opção de compra; b) a locadora (empresa *leasing*),

¹⁸ Afonso Almiro, ob. cit., pág. 5.

que adquire o bem, a pedido da locatária e para o fim específico de locá-lo a esta; b) fabricante ou vendedor do bem.

14. Embora comumente referido, como contrato de *leasing*, aquele celebrado entre partes a locatária e a locadora (locação com opção de compra), para efeito de caracterização do instituto como *fattispecie* autônoma, não pode o mesmo ser dissociado do negócio jurídico da compra e venda, pactuado a pedido da locatária entre a empresa *leasing* e o vendedor do bem.

15. O *leasing* operacional, também chamado simplesmente *renting* ou locação-serviço, é um mero arrendamento de bens móveis a curto prazo¹⁹ ligado a um ou, eventualmente, a mais negócios jurídicos, não apresentando traços distintivos ou características diferenciadoras que o tipifiquem como negócio jurídico autônomo, diverso do arrendamento de bens móveis — apesar de apresentar-se comumente coligado a um contrato de prestação de serviços de manutenção e reparos do bem locado, ou a um contrato de treinamento de operadores do equipamento arrendado, etc., assumindo a locadora, ainda, complementarmente, a obrigação do transporte e o ônus do seguro.²⁰

¹⁹ “Arrendamentos operacionais, ou a curto prazo, ao invés de compra do ativo, mesmo a um custo substancialmente mais elevado, por unidade de tempo, serão especialmente desejáveis se o arrendatário não tiver muita certeza em relação à necessidade futura do ativo. Essa situação verifica-se freqüentemente em contratos com o Departamento de Defesa. A firma que obtiver uma encomenda não poderá ter certeza de sua repetição no futuro. Se sua execução exigir equipamentos não possuídos pela firma no momento, e que não serão utilizados se não forem recebidas novas encomendas, será vantajoso conseguir os equipamentos mediante um arrendamento operacional. As pequenas empresas de construção obtêm a maior parte de seu equipamento pesado, se não a totalidade, graças a arrendamentos operacionais. As firmas de maior porte, ao contrário, possuem equipamento pesado em decorrência de arrendamentos financeiros, visto estarem razoavelmente seguras da necessidade de utilizá-lo durante vários anos, abrangendo, assim, a maior parte de sua vida útil” Salomon J. Flink e Donald Grunewald, *Administração Financeira*, vol. 2, Livros Técnicos e Científicos Editora Ltda., Rio de Janeiro, 1970, págs. 583/584).

²⁰ Cfr. Fábio Konder Comparato, ob. cit., pág. 10. O *leasing* operacional, diferentemente do financeiro, é comumente celebrado com a cláusula de que pode ser unilateralmente rescindido pelo locatário, a qualquer tempo, em certos casos mediante curto aviso prévio, quase sempre inferior a trinta dias. Findo o prazo contratual, ou rescindido o contrato, os bens são devolvidos à locadora. O *leasing* operacional vinha sendo largamente utilizado nos Estados Unidos, mesmo antes de 1950. Também no Brasil é adotado há anos, particularmente no arrendamento de máquinas xerográficas, computadores, serviços telefônicos, etc.

16. Já a venda-retorno em arrendamento (*lease back*) é a operação pela qual uma empresa vende bens de capital imobilizados à outra (empresa *leasing*), recebendo-os desta, ato contínuo ou simultaneamente, em locação, com opção de compra exercitável após o término do prazo contratual.²¹

Através do *lease-back* — que se desenvolveu também rapidamente após a segunda guerra mundial, passando a ocupar setor dos mais importantes nas companhias de financiamento — a empresa passa a dispor de recursos adicionais de capital, ao invés de ativos fixos.

O arrendamento é pactuado por um período que permite, somados os aluguéis durante o prazo da locação, a cobertura do preço da venda, juros, despesas de manutenção, etc., de forma que a opção de compra possa ser exercitada a preço quase simbólico, permitindo à locatária, ao fim do contrato, sem ônus maior, reaver o domínio do bem.

17. O *self-lease*, celebrado entre empresas de um mesmo grupo com personalidade jurídica distinta, consiste na compra de bens imobilizados e sua subsequente locação à vendedora, de forma a permitir a desmobilização do ativo da locatária sem prejuízo de que continue a utilizar o equipamento alienado.

Tanto quanto o *lease-back*, o *self-lease* corresponde a um processo de desmobilização do ativo da locatária. O segundo, todavia, é sempre pactuado entre empresas do mesmo grupo, o qual permanece, através da locadora, com a propriedade do bem. Por outro lado, enquanto o *lease-back* objetiva assegurar, à locatária, a disposição de recursos adicionais de capital, o *self-lease* — através também da desmobilização do ativo fixo — visa a evitar não ultrapasse este os limites máximos de imobilização permitidos, continuando ela, locatária, como na primeira hipótese, a utilizar o bem.²²

²¹ Sobre o *lease-back*, cfr. Flink e Donald Grunewald, ob. cit., pág. 584.

²² No que diz respeito à sucessão na posse, esta é transferida à locatária pelo constituto possessório no *lease-back* e no *self-lease* e, posteriormente, readquirida pela locatária, quando exercitada a opção de compra no fim do prazo contratual da locação, pela *traditio brevi manu*. Cfr. Alberto Trabucchi, *Instituzioni*, págs. 397/398.

Uma vez que os demais não constituem *fattispecie* autônomas, examinaremos neste trabalho apenas o *leasing* financeiro, ou simplesmente *leasing*, com vistas a problemas tributáveis na área dos impostos da competência dos Estados.

IV — OBJETO

18. O *leasing* pode ter por objeto qualquer bem móvel ou imóvel, suscetível de utilização econômica e que possa ser locado. Necessário, em consequência, que a coisa não esteja fora do comércio; tratando-se de bem móvel, que também não seja fungível nem consumível.²³ Tendo em vista a função do instituto e a classificação dos bens na orientação da doutrina mais recente, poder-se-ão referir, como passíveis de constituírem objeto do *leasing*, bens produtivos.²⁴

19. Sendo mais freqüente o arrendamento de máquinas isoladas, têm sido objeto de operações de *leasing*, também, complexos industriais, clínicas médicas equipadas, supermercados com todos seus aparelhos e instalações, mencionando-se até mesmo o caso de uma fábrica, inteiramente construída segundo os projetos da locatária e a esta arrendada pela sociedade financeira por um período de vinte anos.²⁵

20. O *leasing*, como já foi dito, pode também ter por objeto bens imóveis. Nesse campo, inclusive, oferece extraordinárias perspectivas para a solução de problemas relacionados a grandes empreendimentos imobiliários, tornando exequíveis projetos que demandam vultosos investimentos, através da congregação dos interesses de proprietários de imóveis, empresas construtoras, empresas *leasing* e entidades que desejem edificá-los e explorá-los sem que queiram imobilizar os recursos financeiros necessários ou quando deles não disponham.

²³ Cfr. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, 1962, págs. 35/39.

²⁴ Cfr. F. Santoro-Passarelli, *Teoria Geral do Direito Civil*, Atlântida Editora, Coimbra, 1967, págs. 35 e ss.

²⁵ Fábio Konder Comparato, *ob. cit.*, pág. 9.

V — LEASING FINANCEIRO

21. Concebido para atendimento de determinadas exigências ou necessidades da vida econômica no após-guerra — com a função de permitir às empresas a utilização permanente de equipamentos de tecnologia avançada, sem desembolso imediato ou a curto prazo e sem aumento do índice de imobilização: como alternativa para a compra de bens ou como substituto da obtenção de empréstimos — o *leasing* financeiro não se ajusta rigorosamente a qualquer esquema típico unitário consagrado anteriormente pelo Direito Privado.²⁶

22. O surgimento de formas jurídicas novas em cada época, como imposição das transformações da realidade econômica — dando lugar a que, de um instituto, se destaquem outros; a que, do agrupamento de uns, resultem novos; a que contratos, em um primeiro momento atípicos, adquiram, após, tipicidade — corresponde à dinâmica do Direito.²⁷ O advento do capitalismo e a revolução industrial impuseram o surgimento de novas instituições

²⁶ Tratando da "locação-venda", contrato que talvez mais se assemelhe ao *leasing*, escreve Cunha Gonçalves: "Menos difícil de classificar é o contrato em que o dono de coisas móveis, ou mesmo imóveis, as cede a outrem, mediante prestações semanais, mensais ou anuais, em dinheiro, com a cláusula de que, no fim de certo número de pagamentos parciais, o cessionário ficará sendo proprietário dessas coisas. É vulgaríssima, atualmente, esta forma de contratar, desenvolvida pelos norte-americanos, que largamente usam e abusam do crédito e numerosas transações efetuam com pagamentos a prestações; mas, também em Portugal, assim são feitos os negócios sobre máquinas agrícolas ou industriais, principalmente as máquinas de costura Singer, e sobre vagões-reservatórios, automóveis, pianos, mobílias, aparelhos de T.S.E. e até estabelecimentos comerciais e chalets na Costa do Sol (Oeiras e Cascais)". (*Tratado de Direito Civil*, 1.^a ed. bras., Max Limonad, São Paulo, 1956, vol. VIII, Tomo I, pág. 423) Sobre as *locations-ventes*, cfr. Colin, Capitant, La Morandière, *Cours Elementaire de Droit Civil Français*, 10.^a, Dalloz, Paris, 1953, 2.^o vol., págs. 557/558.

A figura, conquanto guarde grandes afinidades com o *leasing*, não se pode com ele confundir, porquanto neste último o bem locado é adquirido pela sociedade *leasing* a pedido da locatária e para o fim específico de lhe ser dado em locação, integrando a compra e venda, da mesma forma que a opção de compra assegurada afinal à locatária, a coligação de negócios jurídicos.

Assim, para que se configure o *leasing*, é indispensável a existência dessa relação triangular, ou seja, a existência de três centros de interesse distintos e não apenas dois, como na "locação-venda".

²⁷ Cfr. Francisco Messineo, *Doutrina General del Contrato*, trad. arg. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, Tomo I, pág. 381.

jurídicas.²⁸ A transformação das estruturas econômicas verificada nos dias atuais, a par da revolução tecnológica acentuada sobretudo pelo desenvolvimento da cibernética, está, também, no campo do Direito Privado, impondo o aparecimento de novos institutos.

23. Diversamente do que ocorre em outros países, apesar da crescente importância que vem assumindo, as operações de *leasing* não foram submetidas, até agora, entre nós, a qualquer disciplina especial. Da mesma forma, não se encontram submetidas a qualquer disciplina especial as empresas ou sociedades *leasing*.²⁹

24. Para Fábio Konder Comparato o *leasing* é um negócio jurídico complexo, e não simplesmente uma coligação de negócios. Justificando o seu ponto de vista, afirma: “Dizemos não simplesmente porque na verdade o contrato entre a sociedade financeira e o utilizador do material é sempre coligado ao contrato de compra e venda do equipamento entre a sociedade financeira e o produtor. Mas o *leasing* propriamente dito, não obstante a pluralidade de relações obrigacionais típicas que o compõem, apresenta-se funcionalmente uno: a causa do negócio é sempre o financiamento de investimentos produtivos. A sociedade financeira, apesar de proprietária, não tem nunca a posse do material locado e a sua maior preocupação é que ele lhe seja devolvido. A empresa utilizadora do material, por sua vez, apesar de locatária, comporta-se como tendo a sua plena disposição”.³⁰

Pronunciam-se no mesmo sentido C. J. de Assis Ribeiro³¹ e Luiz Mélega.³²

25. Escreve, por sua vez Arnoldo Wald: “Já se definiu o *leasing* como uma locação a médio prazo de bens de equipamento e essa definição foi julgada inadequada, restritiva e insuficiente. Efetiva-

²⁸ Cfr. Georges Ripert, *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1947.

²⁹ Arnold Wald, *A Introdução do Leasing no Brasil*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 415, 1970, pág. 13; A. Lopes de Sá, ob. cit., pág. 26.

³⁰ Ob. cit., pág. 11.

³¹ Ob. cit., págs. 74/76.

³² Ob. cit., pág. 29.

mente, como vimos, o *leasing* é uma locação, mas não é apenas uma locação pois há no caso a simbiose do contrato locativo com uma operação de financiamento e, eventualmente, uma opção para renovação do contrato ou aquisição do bem pelo preço residual, ou seja, o preço de venda inicial acrescido do custo financeiro, descontadas as prestações locativas anteriormente pagas. Acresce que existe uma conjugação no *leasing* entre a compra da mercadoria pela empresa financeira e a locação feita ao locatário. A compra foi feita com a finalidade de oferecer a cliente determinado bem em locação. Assim, os dois contratos formam uma estrutura única complexa e a jurisprudência os considera como contratos conexos com repercussões recíprocas”.³³

26. Consoante a lição de Orlando Gomes, o negócio complexo é único: o negócio coligado compõe-se de vários negócios.³⁴ Ou, como escreve Vaudrilo Leal Guerra Curado, invocando as lições de Franco de Sabato e Cariota Ferrara, “ocorre a coligação de negócios quando dois ou mais negócios, sem prejuízo da autonomia de estrutura própria de cada um, estão ligados entre si por um íntimo nexo de natureza jurídica, dependendo a validade e a execução de um, unilateral ou plurilateralmente, da validade ou execução do outro”.³⁵

27. Dentro desse entendimento — ressalvada a diversidade de conceitos e terminologia da doutrina, no que diz respeito ao estudo da estrutura do negócio jurídico — desde que, no *leasing*, permanece íntegra a estrutura de cada um dos negócios jurídicos que se coligam,³⁶ sendo identificados não um único, mas, na acepção técnica, vários negócios jurídicos, pode ser considerado, quanto em

³³ *A Introdução do Leasing no Brasil*, *Revista dos Tribunais*, vol. 415, pág. 12.

³⁴ *Introdução ao Direito Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1965, pág. 256.

³⁵ *Notas sobre Coligação de Negócios Jurídicos*, separata de *Symposium*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco*, ano III, vol. III, 1961, pág. 1.

³⁶ Claude Champaud, citado por Fábio Konder Comparato, reconhece no contrato de *leasing* pelo menos cinco relações obrigacionais diferentes, na ordem cronológica do seu aparecimento: uma promessa sinalagmática de locação; uma relação de mandato; uma locação de coisa; uma promessa unilateral de venda; e, eventualmente, uma venda. “Estas relações obrigacionais dizem respeito ao mesmo objeto e surgem no contrato como *essentia negotii*, não a título acessório” (ob. cit., pág. 10).

natureza, uma coligação de negócios jurídicos. Ademais, tendo em vista a existência, no *leasing*, de negócios jurídicos estruturalmente autônomos, embora coligados, não se pode afirmar que a causa de todos eles, no sentido técnico, é a mesma.³⁷

28. Controvertidos, também, são os pronunciamentos da doutrina brasileira quanto à natureza jurídica da chamada sociedade ou empresa *leasing*.

29. Partindo do argumento de que o *leasing* não é um simples contrato comercial atípico, mas implica na realização de uma operação financeira de aplicação de recursos financeiros, afirma Arnoldo Wald que as empresas de *leasing* são instituições financeiras, nos termos do art. 17 da Lei n.º 4.595, de 31.12.65, somente podendo funcionar no país mediante autorização prévia do Banco Central.³⁸

Participando do mesmo entendimento, também Fábio Konder Comparato considera a sociedade *leasing* uma instituição financeira típica, ponto de vista que é igualmente acolhido por J. C. Sampaio de Lacerda.³⁹

30. Em posição oposta, sustenta Afonso Almiro que tais sociedades não são instituições financeiras, uma vez que, em última análise, elas apenas se utilizam dessas instituições para efeito de realizar suas operações.⁴⁰

No mesmo sentido escreve Luiz Mélega: “O *leasing* não é propriamente uma operação financeira, no sentido de subordinar-se ao controle do Banco Central, como prevêem as disposições da Lei n.º 4.595, de 31.12.1964, que dispôs sobre a disciplina das instituições monetárias, bancárias e creditícias do País. Na forma do art. 17 desse diploma legal, consideram-se instituições financeiras,

³⁷ Sobre a causa no negócio jurídico, cfr. Stolfi, *Teoria del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 41; Cariota Ferrara, *El Negocio Jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, págs. 486 e ss.

³⁸ A *Introdução do Leasing no Brasil*, *Revista dos Tribunais*, vol. 415, pág. 13.

³⁹ Ob. cit., pág. 9; Sampaio de Lacerda, *Considerações acerca do Leasing e sua aplicação no campo do Direito Aeronáutico* in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n.º 5, Ano XI, 1972, págs. 127/128.

⁴⁰ Cfr. C. J. de Assis Ribeiro, ob. cit., pág. 75.

para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Como bem esclarece Ary Oswaldo Mattos Filho, pelo que se colhe do art. 17 mencionado, três são as atividades que caracterizam uma instituição financeira: a) coleta; b) intermediação e c) aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros. No arrendamento não aparece nenhuma das três fases, visto que não há coleta e nem intermediação junto ao público: na espécie o que ocorre é a apresentação de um plano-proposta para arrendamento de determinado bem, o qual é adquirido pela empresa *leasing* que o passa ao industrial a título de locação, sendo o dinheiro para tal aquisição levantado em instituição financeira. Esta última, a instituição financeira, é que sofre o controle do Banco Central. A empresa arrendadora efetua simples operação comercial, à semelhança do que ocorre com qualquer locador de bens móveis ou imóveis”.⁴¹

31. No momento presente as empresas *leasing* operam livremente em nosso país, sem que estejam sujeitas a quaisquer das exigências especiais de controle estabelecidas para as instituições financeiras.⁴²

A falta de disciplina legal nem mesmo estão obrigadas a atuar apenas neste setor, o qual permanece aberto a quaisquer outras que nele desejem operar, ainda que simultaneamente com outras atividades.

VI — LEASING E ICM

32. Se, como foi exposto, não são uniformes as opiniões na doutrina brasileira relativamente a problemas fundamentais como o da própria conceituação jurídica do instituto ou o da definição da natureza jurídica das empresas ou sociedades *leasing*, maiores controvérsias têm surgido no campo tributário, sobretudo — no que se inscreve nos limites deste trabalho — quanto à incidência do Imposto de Circulação de Mercadorias.

⁴¹ Ob. cit., pág. 30.

⁴² A. Lopes de Sá, ob. cit., pág. 26.

33. Negando a incidência do ICM sobre as operações de *leasing*, após tecer diversas considerações sobre o assunto, escreve Luiz Mélega: “Em consequência do que foi exposto nos itens 4 a 4.2, parece limpo de dúvidas o fato de que não incide nas operações de *leasing* o ICM, já que esse instituto, modalidade que é de arrendamento ou locação de bens está incluído, no que tange aos bens móveis, no item 52 da Lista que acompanha o Decreto-Lei n.º 834, de 8.9.1969, para sofrer a incidência do ISS, o que, nos termos do § 1.º do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.1968, exclui o aludido ICM”.⁴³

34. Em sentido contrário, embora divergindo quanto à base de cálculo do imposto, opinam Fernando A. Brockstedt⁴⁴ e Gláucio Veiga.⁴⁵ Sem afirmar categoricamente, parece também inclinar-se por esta solução Arnaldo Wald.⁴⁶

35. Inexistentes, ainda, normas legais disciplinadoras da matéria e permanecendo o *leasing* como *fattispecie* ainda não caracterizada em termos precisos, quer se lhe atribua a natureza de um negócio jurídico complexo,⁴⁷ quer se reconheça, na figura, a existência de contratos conexos de locação e compra e venda, embora com uma estrutura única complexa,⁴⁸ quer, ainda, seja entendido como uma coligação negocial, sob nenhuma dessas perspectivas pode ter, face à legislação em vigor e consideradas as diversas operações agrupadas no instituto, tratamento fiscal unitário — muito embora já se haja afirmado estar sujeito, apenas, ao Imposto Sobre Operações Financeiras,⁴⁹ ou ao Imposto Municipal Sobre Serviços.⁵⁰

⁴³ Ob. cit., pág. 39.

⁴⁴ “O ICM”, Porto Alegre, 1972, pág. 89.

⁴⁵ *Leasing e Tributação*, Legislação Nordestina, Boletim Semanal número 114, Ano III, págs. 78/79.

⁴⁶ *A Introdução do Leasing no Brasil*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 415, 1970, pág. 14.

⁴⁷ Fábio Konder Comparato, ob. cit., pág. 11.

⁴⁸ Arnaldo Wald, *A Introdução do Leasing no Brasil*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 415, pág. 12.

⁴⁹ *Leasing: aspectos de sua problemática*, Instituto dos Advogados de Pernambuco, Recife, 1973, pág. 48/50.

⁵⁰ Cfr. Luiz Mélega, ob. cit., págs. 28/39.

36. Não sendo o *leasing*, como um todo, na legislação vigente, hipótese de incidência autônoma e uma vez que os diversos negócios jurídicos que se agrupam ou se coligam sob essa denominação não podem ser reduzidos a uma mera operação financeira ou a uma simples locação de bens móveis — não há cogitar de incidência do IOF ou do ISS, excludente da incidência do ICM ou do Imposto de Transmissão, quando, nos termos previstos na lei, a par de outras operações, ocorram também fatos geradores desses tributos.

37. Assim, estará sujeita à incidência do ICM a operação correspondente à venda de mercadoria efetuada pelo fabricante ou vendedor à empresa *leasing*.⁵¹

38. Da mesma forma, se verificada afinal a compra do bem pelo locatário, conforme opção assegurada no contrato, incidirá novamente o ICM.⁵²

39. Se a venda efetuada pelo fabricante ou vendedor à empresa *leasing* não oferece maiores dificuldades, subordinando-se a operação à regra geral, os problemas maiores surgem quando o locatário exercita a opção de compra prevista no contrato, no tocante à fixação da base de cálculo do ICM.

40. Pretendem alguns que, nessa operação, a base de cálculo do ICM seja o valor residual da mercadoria, ou o preço residual ajustado pela parte.⁵³

41. Excluir-se-iam, assim, de logo, do valor da operação, as parcelas pagas pelo locatário-adquirente a título de aluguel, desde que a locação de bens móveis estaria sujeita à incidência do ISS.

42. Poderá ser objetado, todavia, entre outras razões, que, independentemente de previsto legal, a base de cálculo do ICM em nenhuma das duas hipóteses terá correspondência com o valor da operação, ou com a sua expressão econômica, a partir do fato de que, no *leasing*, “os aluguéis são mais altos que os existentes na

⁵¹ Fernando A. Brockstedt, ob. e loc. cit.

⁵² Fernando A. Brockstedt, ob. e loc. cit.; Gláucio Veiga, *Leasing e Tributação*, Legislação Nordestina, Boletim Semanal n.º 114, 1970, págs. 78/79.

⁵³ Gláucio Veiga, *Leasing e Tributação*, Legislação Nordestina, Boletim Semanal n.º 114, 1970, págs. 78/79.

locação comum, pois visam garantir, em prazo contratual determinado, a amortização do preço do equipamento acrescido dos custos administrativos e financeiros e do lucro da companhia de *leasing*".⁵⁴

43. Inexistente relação de pertinência entre a base de cálculo adotada e o fato gerador do ICM, a inadequação resultante acarretaria a própria distorção do fato gerador, desnaturado o tributo.

44. Por outro lado, a adoção de quaisquer daqueles critérios poderia representar um estímulo à evasão tributária, com sensíveis prejuízos para a receita dos Estados. Como observa Oswaldo Mattos Filho, "se tributarmos somente o montante pago a título de compra e venda, vários estabelecimentos industriais poderiam criar departamentos especializados em operações de *leasing*. Como o valor de venda é muito inferior ao valor do bem, o erário sairia e muito prejudicado. Se agregarmos a este fato a possibilidade de venda de ativo usado no giro comercial, após um ano de uso, com reaproveitamento dos créditos do ICM, teremos que a situação se tornará ainda mais embaraçosa em termos de quebra de arrecadação".⁵⁵

45. Problemas semelhantes surgiram ao tempo do imposto sobre vendas e consignações, relativamente à venda de bens móveis, sobretudo de eletrodomésticos, celebradas sob a forma de locação com opção de compra, assegurada ao locatário, mediante o pagamento da última prestação dita locatícia.

Coincidente também é o fato verificado na Alemanha, a que se reporta Amilcar de Araujo Falcão, do contribuinte que, para fugir ao imposto sobre vendas, pactuou a locação de um automóvel assegurando, ao locatário, preferência para a compra do veículo, por um preço determinado, ao fim do prazo contratual.⁵⁶

Daí porque, também, como lembram Colin e Capitant, a jurisprudência francesa se inclina a considerar as "locations-ventes"

⁵⁴ Arnaldo Wald, *A Introdução do Leasing no Brasil*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 415, pág. 12.

⁵⁵ Ob. e loc. cit.

⁵⁶ *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, Edições Financeiras S. A., Rio de Janeiro, 1.^a ed., 1964, pág. 72.

como vendas simuladas, quase sempre celebradas sob essa forma com o objetivo de fraudar o Fisco.⁵⁷

46. Sob a denominação de *leasing* ter-se-ia, então, na verdade, venda a prazo ou financiada, beneficiando-se o adquirente do bem, com prejuízo para os Estados, da diferença entre as alíquotas do ICM e do ISS.

47. Nesses casos, atendendo-se a que o contribuinte, adotando forma jurídica inadequada, inequivalente com a realização econômica, visou, efetivamente, a provocar a evasão do tributo, será irrecusável admitir que a base de cálculo do ICM, consoante a regra geral, será o valor da operação — incluídas as parcelas pagas a título de aluguel — e não o valor residual do bem, ou o preço residual ajustado no contrato.⁵⁸

VII — LEASING E IMPOSTO DE TRANSMISSÃO

48. Quando o *leasing* tiver por objeto bem imóvel, o imposto de transmissão incidirá quando da compra do bem pela empresa *leasing*.

49. Incidirá, igualmente, se o locatário, afinal, comprar o imóvel à empresa *leasing*, exercitando a opção assegurada no contrato.

50. A base de cálculo do imposto será o valor venal do imóvel.

VIII — CONCLUSÕES

51. A exposição feita evidencia, por si só, a necessidade de disciplinamento do *leasing*, de forma a evitar que a distorção de suas finalidades possa vir a comprometer a própria eficiência do instituto, com instrumento válido para o incremento das atividades empresariais no país.

52. Tendo em vista o ritmo de crescimento das operações de *leasing* e as perspectivas que oferece, o imediato disciplinamento

⁵⁷ Ob. cit., págs. 557/558.

⁵⁸ Fernando A. Brockstedt, ob. e loc. cit.

da matéria interessa não apenas às empresas que operam no setor ou que se podem beneficiar com essas operações, mas, igualmente, no resguardo de sua competência impositiva e das respectivas receitas, à União, aos Estados e aos Municípios, tendo em vista as peculiaridades do instituto e os problemas que apresenta no campo tributário.

53. Se a disciplina a ser editada deve assegurar condições para a expansão do *leasing*, evitando o seu asfixiamento por um tratamento tributário inadequado, deve, também, estabelecer um regime fiscal que impeça possam as operações vir a ser transformadas em instrumento de evasão tributária, para o que será também de importância fundamental o controle das empresas de *leasing*, que somente deverão poder atuar nesse setor.

54. Inexistente, ainda, essa disciplina, face à legislação em vigor, concluímos, em síntese, que:

a) Inexistente disciplina legal nesse sentido, as diversas operações integrativas do *leasing* não podem ter tratamento fiscal unitário e autônomo, como se correspondessem unicamente a uma operação financeira ou a uma mera locação.

b) Estão sujeitas à incidência do ICM as operações de circulação de mercadorias resultantes das vendas efetuadas pelo fabricante à empresa *leasing* e, por esta, à locatária, quando a última exercitar a opção de compra assegurada no contrato.

c) A base de cálculo do ICM, quando da venda do bem pela empresa *leasing* à locatária-adquirente, será não o valor residual da mercadoria, ou o preço residual fixado pelas partes, mas o valor total da operação.

d) Quando o *leasing* tiver por objeto bem imóvel, o imposto de transmissão incidirá quando da compra do mesmo pela empresa *leasing* e, novamente, se o locatário o adquirir afinal, exercitando a opção assegurada no contrato.

e) A base de cálculo do imposto de transmissão será o valor venal do imóvel.

* Tese apresentada no V Congresso Nacional de Procuradores de Estado, levado a efeito em Caxias do Sul — RS, nos dias 14, 15, 16, 17 e 18 de outubro de 1973.

PODER JUDICIÁRIO

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

REPRESENTAÇÃO N.º 895

Representantes Procurador-Geral da República, a requerimento da Associação dos Titulares de Ofício da Justiça (ATOJ).

Representada: Assembléia Legislativa do Estado da Guanabara.

Litisconsorte: Estado da Guanabara.

OS OFÍCIOS DE JUSTIÇA SÃO ÓRGÃOS DE FÉ PÚBLICA. OS SEUS TITULARES SITUAM-SE COMO SERVIDORES PÚBLICOS. CUSTAS E TRIBUTOS

I — Arguição de inconstitucionalidade do art. 42 e seu parágrafo único, da Lei n.º 2.085-A, de 5.9.1972, do Estado da Guanabara.

Os ofícios de justiça e de notas são órgãos da fé pública instituídos pelo Estado. Quer no foro judicial, seja no chamado foro extrajudicial, desempenham função eminentemente pública. Os seus titulares situam-se como servidores públicos.

As custas, conceituadas como espécie de taxa, ou com outra qualificação na órbita jurídica, constituem, sempre, não há negar, especial retribuição devida ao Estado, em razão da prestação de serviço público. Desde que não se qualificam como renda privada infrutífera é a arguição de afronta às regras inscritas nos arts. 21, inc. IV, 18, § 2.º e 21, § 2.º, inc. I, da Lei Magna.

Vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos constituem garantias funcionais autônomas. Na primeira não se contém, necessariamente, a segunda. Em conseqüência, não vinga a alegação de inconstitucionalidade, arriada no art. 177, da Constituição Federal de 1967, hoje art. 194 (E. C. n.º 1, de 10.10.1969).