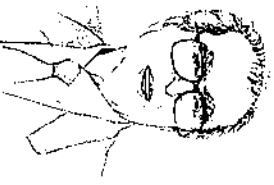


ISS e o Arrendamento Mercantil

Brandão Machado



Brandão Machado

Advogado e Membro
Fundador do Instituto
Brasileiro de Direito
Tributário.

1 - Introdução

1.1. Ainda não está definitivamente assentado, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, se o arrendamento mercantil está, ou não, sujeito ao imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 18, de 6 de dezembro de 1965, cujo artigo 15 dispunha que *compete aos Municípios o imposto sobre serviços de qualquer natureza não compreendido na competência tributária da União e dos Estados*. No parágrafo único desse dispositivo, a Emenda acrescentou que a lei complementar fixaria os critérios para *distinguir as atividades a que se refere este artigo das atividades previstas no artigo 12, o qual definiu a competência dos Estados para cobrar o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias*. Os critérios próprios para identificar os serviços não chegaram a ser fixados.

1.2. A Constituição de 1967, modificada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1967, tampouco tratou dos critérios identificadores dos serviços tributáveis pelos Municípios, dispondo, porém, que tais serviços seriam definidos em lei complementar (artigo 25, inciso II). Vigorava então o regime dito revolucionário, que produziu o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e este conferia ao Presidente da República o poder de decretar o receso do Congresso Nacional, outorgando-lhe obviamente a competência para editar decretos-leis, com força de lei formal, ordinária ou complementar. A supressão do Parlamento ocorreu com a edição do Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968. Expediu então o Presidente da República, com eficácia de lei complementar, o Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, para disciplinar o regime jurídico do imposto sobre operações relativos à circulação de mercadoria (ICM) e do imposto municipal sobre serviços (ISS). O artigo 8º desse diploma legal referiu-se a uma anexa lista de serviços tributáveis, ficando, assim, atendido o preceito constitucional.

1.3. Na lista de serviços figurou, como tributável, a locação de coisa móvel (item 79). A doutrina da época, em grande parte, logo entendeu que o imposto incidia sobre a

operação de *leasing*¹. Esse entendimento pode explicar-se por dois fatos: primeiramente porque o Código Tributário Nacional, em seu artigo 71, parágrafo 1º, inciso II, previa a tributação da locação de coisa móvel como se fora prestação de serviço. Assim entendiam, entre outros, Fábio Konder Comparato, Arnaldo Wald, Luiz Mélega, cujos trabalhos serão citados nas notas de rodapé. Outro fato que também concorreu para esse entendimento foi que a locação de coisa móvel fora tributada pelo extinto imposto municipal sobre indústrias e profissões. Expressamente revogado o artigo 71, parágrafo 1º, inciso II, do Código pelo Decreto-lei nº 406, de 1968, este de novo tornou tributável a locação de coisa móvel. Como o instituto jurídico conhecido pelo nome de *leasing* compõe-se também de um alguél, passou então a operação a ser considerada, sem maior exame, sujeita ao ISS. Claro que parte da doutrina impugnou a tributação do *leasing* pelo ISS com o fundamento de que esse negócio não contém prestação de serviço, mas pura e simples locação de coisa. Para confirmar a tributação, novo Decreto-lei foi editado sob o nº 834, de 8 de setembro de 1969. A impugnação da incidência do ISS sobre o *leasing* foi levada aos tribunais, fato que inspirou a edição da Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, cuja lista de serviços manteve a tributabilidade da locação de coisa móvel, acrescentando o arrendamento mercantil, nome português do instituto, como se este fosse uma espécie do gênero locação.

1.4. Houve, como se notou, falta de orientação dos poderes competentes para definir, com precisão, os serviços tributáveis, sendo o caso do *leasing* apenas um exemplo de como a matéria tributária, que tangue de perto a propriedade dos indivíduos, tem sido tratada no País. A falta de convicção do legislador brasileiro, em matéria de tributos, traduzida ora na edição de normas imprecisas e abundantes, ora na criação de regras ilegítimas, põe em risco a segurança do contribuinte, que pode, no arranjo de seus negócios, ser surpreendido com a exigência de tributo descabido ou não claramente definido na lei. Por tudo que se tem constatado na experiência prática de quem cuida de assuntos tributários, o ordenamento jurídico brasileiro, em matéria de impostos, ocupa, numa classificação mundial dos países civilizados, um dos últimos lugares, como noticiou Victor Borges Polizelli em erudito estudo recentemente publicado na revista anual do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, vinculada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo².

2 - Breve História do Arrendamento Mercantil

2.1. Nos últimos anos da década de 60 do século XX, passou o Brasil a aplicar um novo negócio jurídico, então denominado, entre nós, *leasing*, palavra inglesa utilizada pelos Estados Unidos da América, onde foi concebido o novo tipo de contrato. Mesmo sem existir no Brasil regra jurídica para disciplinar o novo instituto, foram criadas empresas especialmente dedicadas às operações de *leasing*, sendo aplicado, com adaptações, o mesmo esquema do direito americano. O primeiro es-

1 A palavra inglesa *leasing* tem sido pronunciada no Brasil como se a letra *s* tivesse o valor fonético de *z*. A sua pronúncia exata, no entanto, é *lising*, dando-se no *x* o som de *ss* (ç). Cf. Daniel Jones, *English Pronouncing Dictionary*, 14ª ed., Cambridge, 1999, p. VJ.

2 *Revisão Direito Tributário Anual* vol. 20, São Paulo, IBDT/DIATética, p. 253.

ludo científico realizado, no País, sobre o *leasing* se deve a Professor Fábio Kon-der Comparato, catedrático de direito comercial da Faculdade de Direito da USP. No seu estudo, expôs o exímio comercialista, com grande maestria, as características do contrato de *leasing* no direito americano, a sua função socioeconômica, seus elementos constitutivos, enfim, sua natureza jurídica. Concluiu o Professor Comparato que *leasing* não é pura e simplesmente um contrato de locação. Antes do contrato de aluguel, o *lessor* (locador) deve adquirir o bem a ser alugado, com base nas especificações do *lessee* (locatário), para só depois ser firmado o contrato de *leasing*, no qual se estipulará que o locador assume a promessa unilateral e irrevogável de vender, no termo do contrato, o bem ao locatário, se este quiser adquiri-lo, por preço igual ao valor residual da coisa, previamente ajustado, podendo o locatário prorrogar a locação ou dar por findo o *leasing*, restituindo o bem ao locador. Todas essas declarações de vontade compõem um só negócio jurídico, sendo na verdade uma simbiose de contratos. Depois do estudo pioneiro de Comparato, outro jurista, também renomado, Arnoldo Wald, professor catedrático de direito civil na Universidade do Rio de Janeiro, escreveu vários artigos sobre *leasing*⁴, concluindo também que não se trata de simples locação de coisa. Cuida-se de negócio jurídico complexo, de um contrato unitário *sui generis*.

2.2. O novo instituto jurídico despertou grande interesse de empresários, vinculados à atividade financeira, e ainda de financistas e juristasconsultos. Uma revista jurídica⁵ publicou num mesmo volume grande número de estudos sobre o tema. Foi criada, em São Paulo a Associação Brasileira de Empresas de *Leasing* - Abel, que congregava grande número de empresas, interessadas em obter do Governo a edição de normas jurídicas para disciplinar o novo tipo de operações. Com a colaboração de Abel, e por iniciativa do Instituto de Organização Racional do Trabalho - dort, de São Paulo, mais o concurso da Federação e Centro das Indústrias do Estado de São Paulo, foi realizado nos últimos dias do mês de março de 1973 o Simpósio Nacional sobre "*Leasing*", no qual o Ministro da Fazenda interino, José Flávio Zécora, proferiu a palestra introdutória, expondo o pensamento do Governo sobre a matéria, e adiantando alguns pontos que seriam objeto de regulamentação. Utilizou várias vezes a expressão *arrendamento mercantil*, em lugar da palavra inglesa, permitindo supor-se que o nome do novo tipo de contrato em português seria mesmo *arrendamento mercantil*. Tudo indica que a denominação teria sido inspirada na sétima do livro *El "Leasing" ante el Derecho Español - Arrendamiento Financiero*, *Regime Mercantil e Financiera*, de autoria de José María Martín Oyiedo, publicado em Madrid, um ano antes (1972) da realização do Simpósio. A lei que disciplinou o novo instituto consagrou esse *nomen juris*.

2.3. Outro tema que também ocupou a atenção do Simpósio dizia respeito à natureza da operação, se comercial ou financeira. O Ministro da Fazenda não se

pronunciou claramente sobre o assunto, mas adiantou que, na hipótese de arrendamento mercantil contratado por empresa coligada ou interdependente de instituição financeira, as operações deveriam ser disciplinadas pelo Banco Central do Brasil, por constituírem negócios financeiros. Outro palestrante, Professor Philomeno Joaquim da Costa, da Faculdade de Direito da USP e presidente do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli, expôs com minúcia e muita clareza como se desenvolve uma operação de *leasing*, que também na sua opinião constituía um negócio jurídico complexo, parecendo-lhe que não é operação financeira, mas comercial, porque não envolve dinheiro. O Professor Philomeno ofereceu ao exame dos simposistas um anteprojeto de lei para regular o novo contrato, não discorrendo sobre o aspecto tributário do *leasing*. A sua complexidade vem do fato de haver num só negócio uma pluralidade de declarações de vontade, objetivando um interesse recíproco: o arrendador visa ao lucro produzido pela operação, enquanto o arrendatário busca a utilização de um bem, cuja aquisição lhe seria onerosa, porque absorveria parte substancial do seu capital. O contrato de *leasing* atenderia ao interesse de ambos.

2.4. Os aspectos tributários do *leasing* foram objeto da palestra do advogado e consultor jurídico da Associação Brasileira de Empresas de *Leasing* - Abel, Dr. Thomas Benes Felsberg, que desenvolveu lúcidas considerações sobre a tributação das operações de *leasing*, fundadas na experiência de todas as empresas associadas. Examinou os itens pertinentes à legislação do imposto de renda, dissertando sobre a depreciação do bem arrendado, se contabilizado pelo arrendador ou pelo arrendatário; em seguida fez considerações sobre o ICMS, que, no seu entender, não incide sobre o negócio de *leasing*. Adiantou finalmente que esse tipo de negócio está sujeito ao imposto sobre serviços, comunicando aos simposistas que todas as empresas de *leasing* recolhiam regularmente o ISS, porque a locação de bem móvel constituía, na expressão do Código Tributário Nacional (artigo 71, parágrafo 1º, II), uma prestação de serviço, assim também classificada pelo Decreto-lei nº 406, de 1968, alterado pelo Decreto-lei nº 834, de 1969. Como consultor jurídico da Abel, o palestrante informou em palavras que parece, agora, útil reproduzir:

"O '*leasing*' poderá ser denominado arrendamento mercantil; '*leasing*' poderá ser denominado locação. Eu prefiro chamar o '*leasing*' de '*leasing*'. É uma espécie do gênero locação, e assim como em todas as empresas de '*leasing*' todos os seus consultores jurídicos, todas as reuniões realizadas por entidades jurídicas especializadas, concluíam pela incidência do imposto sobre serviços nas operações de '*leasing*'.⁷ As empresas de *leasing* incluíam nos seus contratos cláusula que impunha ao *lessee* a obrigação de pagar o ISS, conforme constatou o Ministro Rafael Mayer ao relatar seu voto vencedor no julgamento do Recurso Extraordinário nº 106.047, de 19 de novembro de 1985⁸. O conferencista salientou que podia haver fraude na tributação do *leasing*: como a alíquota do ISS sempre foi menor do que a alíquota do ICMS (na época ainda ICMD), algumas empresas poderiam vender produtos como

Revista das Tribunações vol. 389, 1968, p. 7, sob o título "Contrato de Leasing".

"Introdução do Leasing no Brasil". Revista das Tribunações vol. 415, 1970, p. 9; "Noções Básicas de Leasing". Revista da Fazenda vol. 250, 1974, p. 31.

Revista Forense vol. 250, 1974, p. 88, em que Luiz Melega defendia a incidência do ISS sobre o *leasing*.

Os Atuais do Simpósio foram editados pela Livraria Francisco Alves, São Paulo, sem data (mas 1973).

7 Atual do Simpósio (op. cit. em nota 6), p. 148.

8 Revista Trimestral de Jurisprudência vol. 116, 1986, p. 813 in fine.

se estivessem alugando-os. Poderia ocorrer a venda simulada. Lembrou um litígio suscitado entre um fabricante de peças de trator e o Fisco do Estado de São Paulo. O produtor emita nota fiscal, não a título de venda, mas a título de *leasing*, sendo o imposto estadual. O fabricante, vencido em primeira instância administrativa, recorreu para o Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Por incrível que possa parecer, o TIT acolheu o recurso do fabricante de peças, admitindo o *leasing*, quando a operação era na verdade uma venda.⁹ A Abel formulou também um anteprojeto para disciplinar o *leasing*, prevendo em seu artigo 3º que esse tipo de negócio tinha a natureza de operação comercial, sujeita ao tributo municipal.

2.5. Nem um dos dois anteprojetos foi apreciado pelo Simpósio, nem serviram de sugestão para a elaboração da Lei nº 6.099, de 12 de dezembro de 1974, editada menos de dois anos após a realização do Simpósio. O contrato de *leasing* recebeu então o nome de *arrendamento mercantil*, tomando-se contrato típico. Preocupou-se o legislador mais com a tributação federal da operação do que com a qualificação do novo instituto. Do texto da lei deflui o entendimento de que a arrendadora se obriga a adquirir, com seus próprios recursos, um bem especificado pelo arrendatário, pessoa física ou jurídica, a quem o arrendatário, assumindo a promessa unilateral e irrevogável de vendê-lo ao arrendatário que, à sua opção, poderá, no término do contrato, adquiri-lo por preço residual, previamente estipulado, devolvê-lo ao arrendador, ou prorrogar o contrato. O conceito legal de arrendamento mercantil reproduz, como se vê, o conteúdo do instituto no direito americano. A lei considera-o como operação financeira, tal como ocorre no direito francês, espanhol e italiano. Dai por que as empresas de arrendamento mercantil estão subordinadas ao controle do Banco Central do Brasil, que observará instruções do Conselho Monetário Nacional, como está na Lei nº 6.099, de 1974, que foi alterada pela Lei nº 7.132, de 26 de outubro de 1983, sem modificar o conceito de contrato.

2.6. A evolução da disciplina tributária da operação não foi tão simples como ocorreu com a sua regulação no direito privado. Ao revogar o texto do Código Tributário Nacional (artigo 71, parágrafo 1º, inciso II), o Decreto-lei nº 406, de 1968, não foi explícito na tributação do *leasing* pelo ISS, contrato que já vinha sendo largamente aplicado no País, sobretudo no Rio de Janeiro e em São Paulo. Como o instituto não tinha ainda *nomen juris* na língua nacional, o legislador complementar limitou-se a reproduzir o texto do Código, como se fora um serviço tributável pelo ISS. Sobreveio depois o Decreto-lei nº 834, de 1969, também com eficácia de lei complementar, o qual somente modificou a lista de serviços, mas não explicitou que o *leasing* também era uma prestação de serviços. Diante da crescente onda de objeções suscitadas pelas empresas locadoras, aprovou o Congresso a Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, para, entre outras coisas, acrescentar ao item 79, da lista de serviços, a expressão *arrendamento mercantil*, supondo que tanto bastaria para dissipar as objeções. Equivoçou-se o legislador, pois a topologia de um item, num elenco de hipóteses de aplicabilidade, não altera a natureza desse item.

O equívoco do legislador complementar mostrou-se evidente, como se vai ver no item subsequente. A tributabilidade do arrendamento mercantil pelo ISS está agora bem definida, a partir da publicação da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que qualificou como serviço típico de instituição financeira não apenas o arrendamento mercantil, mas também operações outras que podem constituir serviços. Subordinou tais operações outras a um só item da lista de serviço, o de número 15, nele incluindo como subitem 15.09 o arrendamento mercantil, que só pode ser contratado por instituição financeira autorizada a funcionar pela União ou por quem de direito, como diz o texto da lei. As empresas de arrendamento mercantil são por definição legal instituições financeiras, consoante preceitua a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, cujo artigo 1º, parágrafo 1º, inciso VII, define: *são consideradas instituições financeiras as sociedades de arrendamento mercantil*.

3 - Posição da Doutrina

3.1. A doutrina se tem portado de forma não uniforme. Os primeiros pronunciamentos doutrinários, ainda sob o influxo do Código Tributário (artigo 71, parágrafo 1º, inciso II) e de leis complementares editadas na forma de decreto-lei, manifestaram-se pela incidência do ISS, sem maior exame da natureza jurídica do contrato. A inconstitucionalidade da incidência veio logo depois a ser arguida, sob o fundamento de que a locação de coisa móvel não se equiparava à prestação de serviço. Com esse fundamento, as instituições financeiras mais bem assessoradas demandaram a proteção do Poder Judiciário. Um dos argumentos, reiteradamente utilizado, tem sido a regra do artigo 110, do Código Tributário, que proíbe o legislador de alterar os conceitos e institutos do direito privado adotados pela Constituição para definir competência tributária. A regra codificada é supérflua, uma vez que o postulado da supremacia da Constituição já constitui impedimento para o legislador modificar os conceitos jurídico-privados adotados pela Constituição, embora se saiba que nem todos os conceitos por ela utilizados para discriminar competência sejam exclusivos do direito privado. Exemplo disso é o próprio conceito de *serviço*, que se tomou da linguagem comum, diferentemente do que ocorre com o conceito de *prestação de serviço*, não empregado no texto constitucional. Nem todos os conceitos utilizados pelo legislador são genuinamente jurídicos, assim classificados apenas os que são exclusivamente do direito, como, entre muitos, *usucapião*, *precrição*, *condomínio*, *comodato*¹⁰. Os conceitos contidos no texto da lei tomados da linguagem comum não são genuínos ou puros, como prefere chamá-los outro autor alemão¹¹. São apenas juridicamente relevantes.

3.2. Outros argumentos também foram invocados para afastar a incidência do ISS. Eminentemente tributaristas, como Geraldo Ataliba, Aires F. Barreto, Ives Gandra da Silva Martins, Fábio Soares de Melo e Humberto Ávila, impugnam a incidência com argumentos relevantes. Assim, Geraldo Ataliba e Aires F. Barreto, em eru-

⁹ *Anais do Simpósio (op. cit. em nota 6)*, p. 119.

¹⁰ Cf. Rolf Wank, *Die juristische Begriffsbildung*, MünchG. Beck, 1985, p. 5.

¹¹ Josef Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktiven*, Frankfurt, Francoforte-Meno, 1969, p. 108.

dito parecer¹², sustentam que, no arrendamento mercantil, não há obrigação de fazer, mas apenas a obrigação de dar ou entregar, porque na locação de coisa móvel ou imóvel não há prestação de serviço. Essa tese seria exata, se o arrendamento consistisse pura e simples locação. Há nesse contrato mais de uma operação. Primeiramente, há uma aquisição do bem a ser alugado; portanto, há um fazer; há também uma promessa unilateral e irrevogável de venda do bem, havendo, portanto, mais um fazer. Se o arrendatário opta pela compra desse bem, ocorrerá mais uma obrigação de fazer. Essas operações compõem um contrato unitário e complexo. *Se o arrendador não adquire o bem a ser locado, o contrato não chega a existir. É de sua essência a compra da coisa locável. Dir-se-ia - ad argumentum tantum - que desse conjunto de manifestações de vontade deveria considerar-se apenas o negócio preponderante*¹³. Todos os demais negócios seriam irrelevantes: a aquisição do bem pelo arrendador, a sua promessa unilateral e irrevogável de venda, e eventualmente a própria venda da coisa ao arrendatário seriam negócios jurídicos desprovidos de qualquer eficácia, conclusão inconcebível, uma vez que o negócio completo simplesmente deixaria de existir, bastando ao legislador dar ao negócio o nome que lhe caberia de locação ou aluguel. O arrendamento mercantil, nome que se deu para substituir a denominação inglesa de *leasing*, é uma operação financeira que guarda semelhança com a venda com reserva de domínio. Nesta o comprador adquire o bem comprado depois de pago o preço todo; no arrendamento, o arrendatário paga o preço total da locação, mas só adquire a coisa, se ainda for útil às suas necessidades. Se, no termo do contrato, constatar que poderá adquirir coisa mais moderna, porque ficou obsoleta a coisa alugada, optará por não adquiri-la. A operação tem, portanto, o conteúdo de um financiamento consubstanciado em mais de um negócio. O seu caráter típico de operação financeira é que levou o legislador a incluí-lo no item em que se discriminam os serviços bancários.

3.3. O exímio tributarista Ives Gandra da Silva Martins também defendeu a in-tributabilidade do arrendamento mercantil pelo ISS¹⁴. Pareceu-lhe inconstitucional a Lei Complementar n° 56, de 15 de dezembro de 1987, na parte em que tributa o arrendamento mercantil, que a seu ver é simples locação de coisa móvel. Houve, na realidade, um equívoco do legislador, que, pretendendo tributar o arrendamento mercantil, o considerou como espécie do gênero locação de coisa móvel, incluindo no mesmo item da locação. O autor deixou de examinar a natureza do *leasing*, que não pode confundir-se com a locação pura e simples. Admitiu, no entanto, que o tema merece um reexame, tendo em conta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Outro ilustre tributarista, Fábio Soares de Melo¹⁵, apoiado na lição dos três autores anteriormente citados, também entende que, sendo o arrendamento mercantil mera locação de coisa, não deve sujeitar-se ao ISS. Também esse estudioso deixou

de examinar a complexidade do negócio jurídico que é o arrendamento de que trata a Lei Complementar n° 116, de 31 de julho de 2003. O contrato de locação é apenas um dos diferentes negócios típicos que integram a operação de financiamento. Também devem ser considerados os demais negócios (compra, promessa unilateral e irrevogável de venda, venda eventual, protrogação). Ademais, a Constituição não define *serviço*, nem menciona o *contrato* de prestação (locação) de serviço. O arrendamento mercantil é hoje no Brasil contrato típico, claramente definido na lei.

3.4. Merece especialmente ser mencionado o lúcido parecer¹⁶ do erudito tributarista Humberto Ávila para quem também não deve incidir o ISS sobre o tantas vezes citado arrendamento. Explica que, para a realização da operação de financiamento, que é o *leasing*, há várias etapas, desde a captação de recursos pela arrendadora no mercado financeiro até a eventual compra do bem pelo arrendatário no termo do contrato. Destaca como relevantes o financiamento, a locação e a venda eventual da coisa arrendada. O financiamento, no entender do parecerista, consiste na captação de recursos no mercado para a formação de um fundo. Sabe-se que nem todas as sociedades de arrendamento mercantil precisam captar recursos no mercado. Em geral, são sociedades coligadas com instituições financeiras e dispõem de capital próprio. Além disso, dos negócios realizados para a captação de fundos não participam os arrendatários, que são terceiros, absolutamente estranhos a tais negócios. O que caracteriza o financiamento é o desembolso de recursos para a aquisição do bem a ser locado. O arrendador faz a compra do bem para uso exclusivo do arrendatário. Não o adquire para estocá-lo ou fazer dele objeto de comércio. Compra-o somente para servir ao locatário. Essa aquisição de bem é um fazer para permitir a sua eventual venda ulterior. Vemos, então, que na operação há pelo menos três distintas manifestações de vontade: (a) compra da coisa pelo arrendador; (b) locação da coisa comprada; (c) promessa unilateral e irrevogável de venda. Poderá ocorrer ainda uma venda da coisa, se assim optar o arrendatário. Realmente, o elemento mais importante do negócio complexo é a aquisição do bem locável, e precisamente nela consiste o financiamento. Há no *leasing* uma só obrigação de dar (ou entregar), que é a locação, e três nítidas obrigações de fazer, pouco importando saber qual delas é a preponderante.

3.5. A opinião dominante da doutrina mais recente pendente, como se disse, para a in-tributabilidade do *leasing* pelo ISS, apegando-se ao argumento de que se cuida de mera locação, em que não há a obrigação de fazer. Importa recordar, porém, que o arrendamento mercantil, tal como está definido na lei, é negócio jurídico complexo, integrado por vários negócios típicos, compondo uma unidade contratual. Como ensina Emílio Belli, o negócio jurídico complexo concretiza-se por meio de uma pluralidade de declarações conexas, visando a um só efeito, diferentemente do que ocorre com o negócio jurídico coligado¹⁷. Há no negócio complexo uma unidade de objetivo. É o que ocorre com o *leasing*: várias declarações compondo um só objetivo. Não é essencial que tais declarações consistam num único instrumento. O exi-

¹² *Revista das Tribunaux* vol. 619, 1987, p. 7.

¹³ Essa ideia já fora mencionada pelo Ministro Oscar Dias Correa, em voto vencido proferido no julgamento do RE n° 106.047, na *Revista Trimestral de Jurisprudência* vol. 116, 1986, p. 817, conquanto considere o emiteente magistrado que o *leasing* é operação tipicamente financeira.

¹⁴ *Revista Brasileira de Direito Tributário* n° 49, 1999, p. 140.

¹⁵ *Revista Brasileira de Direito Tributário* n° 102, 2004, p. 68.

¹⁶ *Revista Brasileira de Direito Tributário* n° 122, 2005, p. 120.

¹⁷ *Teoria Geral del Negozio Giuridico*, Turim, Utet, 1943, p. 186.

nio Pontes de Miranda¹⁸ tem uma lição que muito contribui para a melhor compreensão do contrato complexo: "Pode ocorrer que os figurantes conclamem, em instrumentos separados, dois ou mais negócios jurídicos e os liguem, de modo que se tenham de tratar como sujeitos à mesma sorte, ou que sejam separados, nas suas cláusulas e constem do mesmo instrumento. Também é possível a ligação entre dois ou mais negócios jurídicos concluídos em tempos diferentes - portanto, também em instrumentos diferentes - e que um dependa do outro, ou cada um dependa de qual-quer dos outros."¹⁹ Na contratação do *leasing*, formaliza-se mais de um instrumento, com distintas declarações de vontade, para compor o negócio de financiamento, que é o interesse maior dos figurantes.

4 - Jurisprudência dos Tribunais Superiores

4.1. Depois de sucessivos julgamentos no sentido da incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil, o Superior Tribunal de Justiça formulou a sua Súmula nº 138, que resume: *o ISS incide sobre operações de arrendamento mercantil de coisas móveis*. Muitas decisões adotadas posteriormente pela Corte Superior confirmam o entendimento traduzido na Súmula. Em decisão de 2006, a sua 1ª Turma julgou recurso especial em que, por maioria, confirmou o conteúdo da súmula¹⁹. O que releva assinalar é o voto vencido do Ministro José Delgado dissidente da Súmula, com a invocação de pareceres e trabalhos doutrinários de festejados tributaristas do País. A dissidência em si não reflete senão a liberdade que tem o magistrado de expor seu convencimento. Entretanto, a argumentação, desenvolvida em 36 páginas da *Revista Dialética de Direito Tributário*, não apreçou o caráter eminentemente financeiro do *leasing*, limitando-se a reiterar os conhecidos argumentos que priorizam a locação de coisa.

4.2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal tem sido uniforme, não obstante o erudito voto vencido do Ministro Oscar Dias Correa. A *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF* registra múltiplos acórdãos decidindo pela incidência do imposto municipal. Foram publicados a partir do ano de 1984, quando o contrato de *leasing* já estava tipicizado. As sucessivas manifestações da Corte Suprema podem ler-se na sua revista trimestral²⁰. Nem sempre são os mesmos os fundamentos das decisões. Todas, no entanto, convergem para a tese da incidência, agora robustecida pela definição legal do arrendamento mercantil, que é operação financeira caracterizada como serviço próprio de uma instituição financeira. Para concluir, parece relevante transcrever a ementa mais expressiva de um dos acórdãos do STF:

¹⁹ Imposto sobre Serviços. Município de São Paulo. Ação declaratória. Serviços prestados por estabelecimentos bancários. Incidência do ISS sobre operações com cartões de crédito nos débitos não financiados pelos Bancos; *arrendamento mercantil (leasing)*; execução de contratos particulares. Não incidência sobre: a) locação de cofres; b) cadastro; c) cartões de crédito, nos débitos financiados pelos bancos; d) expediente; e) recebimento de carnês; f) bilhetes, contas e assemelhados; g) ordens de pagamento ou

de crédito; h) custódia de bens e valores; i) transferência de fundos; tendo-se também em vista a legislação municipal. Precedentes. Julgado em 6.10.1987." (RTJ vol. 149, p. 189)

5 - Conclusão

5.1. Não obstante as vozes dissidentes da doutrina, parece insustentável a tese que nega a incidência do ISS sobre operação de arrendamento mercantil. Em favor da incidência milita o pronunciamento consolidado do STJ e do STF que disseram a última palavra sobre a matéria. É que o arrendamento mercantil não se compõe apenas de locação (que é um dos contratos típicos), mas também de outros negócios, constituindo um contrato complexo, mas unitário, caracterizando um financiamento.

¹⁸ *Tratado de Direito Privado*, vol. XXXVIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 368.

¹⁹ REsp nº 805.317/RS, julgado em 17 de agosto de 2006, *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 136, 2007, p. 164.

²⁰ *Revista Trimestral de Jurisprudência* vol. 116, p. 811; vol. 117, p. 1.349; vol. 140, p. 954; vol. 149, p. 189.