



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL – CONCEITO E
CONTROVÉRSIAS NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Anastácio Fernandes Neto

Rio de Janeiro
2010

ANASTÁCIO FERNANDES NETO

CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL – CONCEITO E
CONTROVÉRSIAS NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Neli Fetzner
Prof. Mônica Areal
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL – CONCEITO E CONTROVÉRSIAS NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.

Anastácio Fernandes Neto

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro -UERJ .
Pós-graduando pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O estudo realiza uma análise crítica acerca do conceito e controvérsias a respeito do contrato de Arrendamento Mercantil – Leasing debatidas tanto na doutrina brasileira como nos Tribunais pátrios. O artigo versa também sobre a natureza do contrato de Arrendamento Mercantil, bem como, sua influência no desenvolvimento da economia brasileira.

Palavras-chaves: Contrato Arrendamento Mercantil, natureza jurídica, efeitos, controvérsias.

Sumário: Introdução. 1. Conceito e Natureza Jurídica. 2. As modalidades de *leasing* e sua importância no cenário econômico. 3. A controvérsia acerca da antecipação do valor residual garantido (VRG). 4. A discussão acerca da incidência do imposto sobre serviços – ISS nos contratos de arrendamento mercantil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho cinge-se à temática da natureza do Contrato de Arrendamento Mercantil - “*Leasing*” e as controvérsias geradas na doutrina e na jurisprudência acerca da relação do referido contrato com outros institutos jurídicos.

Para tal, estabelece-se como premissa a reflexão sobre a importância dos contratos de arrendamento mercantil no desenvolvimento da economia brasileira, atuando como uma forma de aumentar o poder de compra da população e a circulação de mercadorias.

Vale destacar que o Contrato de Arrendamento Mercantil, por sua natureza versátil em se adequar a diversas situações e necessidades, tem sido cada vez mais utilizado, gerando diversas discussões sobre sua relação com outros institutos jurídicos, tais como os tributos.

Objetiva-se trazer à tona os posicionamentos adotados tanto da doutrina como na jurisprudência dos principais Tribunais brasileiros acerca das principais matérias que envolvem o contrato de Arrendamento Mercantil.

Atualmente, em virtude da natureza do contrato, tem-se em voga a discussão sobre a incidência do Imposto Sobre Serviços nos Contratos de “*Leasing*”, bem como a caracterização do contrato em relação à possível antecipação do pagamento do valor residual garantido.

Busca-se também despertar a atenção para as deformações sofridas pelo citado contrato, uma vez que têm sido adotadas formas de celebração diversas da originalmente estabelecida para o instituto.

Por fim, ao longo do artigo será analisado o desenvolvimento do contrato de Arrendamento Mercantil no ordenamento jurídico, bem como no cenário econômico brasileiro.

O artigo adotará o tipo de pesquisa bibliográfica qualitativa parcialmente exploratória e desenvolverá o tipo de raciocínio jurídico indutivo para análise dos principais fundamentos jurídicos apresentados.

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Primeiramente, vale destacar que o contrato de Arrendamento Mercantil, também conhecido como *Leasing* possui a natureza jurídica de negócio jurídico complexo, uma vez que envolve tanto a locação como a opção de compra.

O contrato de Arrendamento Mercantil pode ser definido como um contrato especial de locação que assegura ao locatário a faculdade de adquirir o bem alugado ao final da avença, pagando, nesse caso, uma diferença chamada de valor residual.

Pode-se perceber que o contrato de *Leasing* possui uma natureza híbrida, sendo uma mistura do contrato de locação juntamente com a compra e venda de bens, em que predomina a essência do contrato de arrendamento, mas com uma tríplice opção assegurada ao arrendatário ao final do aluguel: (i) renovar a locação; (ii) encerrar o contrato, não mais renovando a locação; (iii) comprar o bem alugado, pagando o valor residual.

Assim, o conceito do contrato de Arrendamento Mercantil para MARIA HELENA DINIZ (DINIZ, 1996) se mostra como o contrato pelo qual uma pessoa jurídica ou física, pretendendo utilizar determinado bem, móvel ou 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, ou seja, o que fica após a dedução das prestações até então pagas.

Diante do conceito apresentado, é imperioso concluir que o contrato de Arrendamento Mercantil abrange cinco relações jurídicas simultâneas, tais como uma promessa sinalagmática de locação; uma relação de mandato; uma locação de coisas; uma promessa unilateral de venda; e, eventualmente, uma compra e venda. Dessa forma, as questões envolvendo o referido contrato permitem a invocação subsidiária ou analógica dos princípios e regras que regem quaisquer dos contratos citados.

Arnoldo Wald (WALD, 1977) registra que, efetivamente, o contrato de arrendamento mercantil é uma locação, mas não apenas uma simples locação, haja vista a conjugação do contrato locativo com uma operação de crédito e, eventualmente, a opção de renovação do contrato ou a aquisição do bem pelo preço residual, sendo que este se caracteriza pelo preço de venda inicial do produto, acrescido dos custos financeiros e descontados as prestações locativas pagas anteriormente.

Ademais, o ilustre doutrinador esclarece que existe ainda uma conjugação no arrendamento mercantil entre a compra do produto feita pela empresa financeira e a locação realizada ao locatário (arrendatário), sendo que os dois contratos se fundem em uma estrutura única, complexa e de natureza mista.

Outrossim, é importante ressaltar que o contrato de *leasing*, apesar de exercer função semelhante com o contrato de venda com reserva de domínio e de alienação fiduciária, não se confunde absolutamente com estes institutos creditícios, uma vez que somente no contrato de alienação fiduciária há a transferência do domínio do objeto, bem como se mostra possível a execução do saldo devedor.

2. AS MODALIDADES DE *LEASING* E SUA IMPORTÂNCIA NO CENÁRIO ECONÔMICO.

O contrato de *leasing* tem sua origem nos Estados Unidos, onde surgiu como uma alternativa à necessidade de utilização de equipamentos industriais de alto custo pelas empresas sem o comprometimento de seu capital, baseado na garantia que o contrato fornecia às empresas arrendadoras, vez que o bem financiado continuava a lhes pertencer durante a execução do contrato.

No que tange às características do contrato de *leasing*, Fernando Netto Boiteux (BOITEUX, 2001) dispõe acerca da admissão do contrato de arrendamento mercantil tanto de coisas móveis como imóveis. Quando se trata de imóveis, tal contrato segue as regras da modalidade de *leasing* financeiro, adotando sua modalidade típica ou através do chamado *lease-back*.

As modalidades usuais do contrato de *leasing* são o chamado *leasing* financeiro e o *leasing* operacional. Entretanto, o *leasing* financeiro possui uma variação denominada *lease-back*, conforme será visto a seguir.

I. Leasing financeiro

É aquele em que uma empresa tem como atividade habitual e de forma profissional a aquisição de bens produzidos por terceiros para, posteriormente, arrendá-los, mediante retribuição, a uma empresa que deles necessite.

Vale destacar que o bem em questão é indicado pela própria arrendatária que irá entrar em contato com o vendedor e depois o indicará à empresa de *leasing*, que o fará a aquisição e em seguida o arrendamento ao cliente que o indicou.

Feito o arrendamento por tempo determinado, ficará facultada ao arrendatário ao final do contrato, a opção de compra do bem.

É a principal modalidade de *leasing* e vem conceituado na forma do artigo 5º da Resolução nº 2.309/96 do Conselho Monetário Nacional:

“Art. 5º. Considera-se 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.”

“Lease-back” ou “leasing” de retorno.

Ocorre quando uma empresa é proprietária de um bem e o aliena a uma outra empresa que, após adquiri-lo, o arrenda imediatamente à vendedora.

Nesta modalidade só existem duas empresas na operação, uma vez que a vendedora do bem será posteriormente a arrendatária, não havendo aquisição do bem de um terceiro.

Como é típico nos contratos de *leasing*, faculta-se ao arrendatário optar pela reaquisição do bem ao final do contrato, pagando o valor residual do bem.

Tal modalidade rege-se pelas regras do *leasing* financeiro, como pode se verificar na redação do art. 13 da Resolução no 2.309/96:

“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 se 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”.

II – Leasing Operacional

Entende-se como aquele em que uma empresa, proprietária de bens, os arrenda a uma outra pessoa mediante pagamento de prestações determinadas no contrato, incumbindo-se o proprietário dos bens a prestar assistência ao arrendatário durante a vigência do contrato. Registre-se que a propriedade do bem continua com a arrendadora que responde pelos riscos da coisa.

A diferença desta modalidade para o *leasing* financeiro é o fato de que neste existe cláusula de obrigatoriedade do contrato por todo o período do arrendamento, sendo que no *leasing* operacional o contrato pode ser rescindido a qualquer momento pelo arrendatário, mediante um aviso prévio.

Outrossim, vale destacar a importância e utilidade do contrato de arrendamento mercantil no desenvolvimento do setor econômico-financeiro do país.

O referido contrato serve de instrumento eficaz na facilitação de operações envolvendo capital, bens de produção e equipamentos industriais. Tais operações que envolvem os principais personagens da economia, tais como bancos e empresas têm como principal objetivo a manutenção do o capital das empresas e ao mesmo tempo a modernização do parque industrial.

Há bens que, em pouco tempo, se tornam obsoletos pelo aparecimento de outros mais modernos ou pelo desgaste natural dos mesmos. Esse risco de obsolescência do bem traz ao contrato de *leasing* uma grande utilidade, haja vista que permite ao arrendatário utilizar o bem durante o contrato mediante pagamento de retribuição e, caso se torne obsoleto, o arrendatário simplesmente opta, ao final do contrato, pela devolução do bem.

Os arrendatários são beneficiados porque, não podendo ou não querendo imobilizar capitais na aquisição de bens de que necessitam, recebem-nos em locação com a opção de adquirir sua propriedade no fim do prazo do contrato de arrendamento.

Especificamente na modalidade de *lease-back*, conforme expõe Fran Martins, (MARTINS, 2001) tal contrato destina-se às empresas que, tendo seu ativo imobilizado, desejam

desafogar, desfazendo-se de uma parte desse ativo para utilizar o produto da venda do bem como capital de giro na atividade da empresa.

Sob a ótica econômica, o *leasing* é utilizado tanto para remunerar o capital da instituição arrendadora, que, no contrato ira prever a cobrança de um valor suficiente para cobrir seus custos e realizar um certo lucro sobre a operação, como para o arrendatário, que não possui capital em quantidade suficiente para alocar na compra de determinado bem (ou que não deseja proceder dessa maneira), possa utilizá-lo, possibilitando a realização de um empreendimento que, sem esse instrumento, não seria possível.

Dessa forma, não há como deixarmos de ressaltar a importância que tal contrato possui no cenário econômico brasileiro e mundial, haja vista ser utilizado em diversos países como instrumento eficaz no desenvolvimento do setor produtivo.

3. A CONTROVERSIA ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG).

Sem dúvida o assunto mais polêmico relacionado ao contrato de arrendamento mercantil diz respeito à possibilidade ou não de cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG).

O valor residual garantido se mostra como uma obrigação assumida pelo arrendatário ao celebrar o contrato de "*Leasing*" em garantir que o arrendador recebe ao final do contrato a quantia mínima final de liquidação do negócio, no caso do arrendatário não realizar a opção de compra do bem ou a renovação do contrato.

Primeiramente, antes de entrarmos na abordagem doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, é importante ressaltarmos como a legislação dispõe sobre a referida questão.

A primeira norma de regulamentação do contrato de arrendamento mercantil foi a Lei nº 6.099/74, cujo objetivo foi trazer o conceito jurídico do instituto e basicamente regular o tratamento tributário das operações de “*Leasing*”.

Vale destacar que no texto legal já havia disposição expressa relacionada ao tema no §1º do artigo 11 da Lei 6.099/74:

"A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei, será considerada operação de compra e venda a prestação."

Ademais, deve-se registrar com maior importância ainda a edição da Resolução nº 351 do Conselho Monetário Nacional que com base na lei 6.099 tratou expressamente sobre a disciplina da antecipação do valor residual garantido (VRG), da seguinte forma:

“Art. 10. Nos contratos de arrendamentos mercantil, a opção de compra facultada a empresa arrendatária somente poderá ser exercida ao término da vigência do contrato.

Parágrafo Único: A operação será considerada como de compra e venda à prestação se a opção de compra for exercida em desacordo com o disposto neste artigo, ou seja, antes do término da vigência do contrato de arrendamento”.

Dessa forma, tal resolução reconheceu, conforme os parâmetros da própria Lei 6.099/74, a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil em espécie de contrato de compra e venda a prestação se a opção de compra, ou melhor, possibilidade de pagamento do valor residual garantido (VRG), fosse realizada antes do fim da vigência contratual.

Entretanto, posteriormente, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução 2.309/96 que em seu art. 7º dispôs contrariamente ao que a legislação anterior havia regulado.

Neste sentido:

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

VII – (...)

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;”

Contudo, o artigo 10 da mesma Resolução 2.309/96 dispõe de forma inversa, criando assim a controvérsia:

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".

Apesar do dispositivo contido no art. 7º, VII, “a” da Resolução, há entendimento de que tal dispositivo não deve ser aplicado por ser manifestamente contrario à lei 6.099/74 que dispõe acerca da determinação do pagamento do VRG ao final do contrato de arrendamento mercantil e por ser a Resolução norma hierarquicamente inferior à lei, prevalece o disposto no diploma legal.

Diante da legislação acerca do tema e da natureza do instituto, a doutrina majoritariamente se posiciona no sentido da descaracterização do contrato de arrendamento mercantil para o de compra e venda a prestação quando a cobrança do valor residual garantido se dá de forma antecipada.

Neste sentido o ensinamento de Marcelo Bertoldi (BERTOLDI, 2006) que dispõe ser uma prática comum a exigência por parte das instituições financeiras que o arrendatários façam o pagamento do valor residual de forma adiantada, o chamado Valor Residual Garantido (VRG), sendo que essa pratica simplesmente suprime a possibilidade do arrendatário vir a rejeitar o bem ao final do contrato, não se verificando a opção pela aquisição do bem arrendado, mas sim a imposição de sua compra desde o início da relação contratual, fato que transforma o “*Leasing*” em um simples contrato de compra e venda financiada.

Neste mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo, (RIZZARDO, 1998) ensina:

"Percebe-se que nada impede o exercício da opção antes do término do contrato. Mas, uma consequência advirá: o contrato não continuará como de arrendamento mercantil. Passará a considerar-se como de compra e venda a prestação."

Diante da controvérsia surgida, a questão chegou aos Tribunais e inicialmente o Superior Tribunal de Justiça seguiu, em diversos julgados, o entendimento da doutrina majoritária, tendo inclusive editado um enunciado sumular a respeito do assunto.

O STJ editou a súmula nº 263, que dispunha da seguinte forma:

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

O referido posicionamento foi consolidado no âmbito das Turmas de Direito Privado do STJ, que compõe a 2ª Seção.

Contudo, o tema voltou a ser diversas vezes debatido nas Turmas de Direito Publico, em virtude de ações envolvendo o fisco e as empresas arrendadoras em relação aos aspectos tributários do contrato de arrendamento mercantil.

Instalada a divergência entre o entendimento da 1ª Seção e o da 2ª Seção, a matéria foi submetida à análise da Corte Especial do STJ no julgamento do ERESp no 213.828/RS que decidiu que o pagamento adiantado do Valor Residual Garantido- VRG não implica necessariamente antecipação da opção de compra, posto que subsistem as opções de devolução do bem ou prorrogação do contrato. Pelo que não descaracteriza o contrato de *leasing* para compra e venda à prestação.

Ademais, ainda dispõe o referido acórdão que como as normas de regência não proibem a antecipação do pagamento da VRG que, inclusive, pode ser de efetivo interesse do arrendatário, deve prevalecer o princípio da livre convenção entre as partes, afastando-se a aplicação da Súmula 263.

A partir desse julgamento, decidiu-se pelo cancelamento do enunciado sumular nº 263 e pela edição do enunciado nº 293 que dispõe da seguinte forma:

“A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”

Dessa forma, com a edição da referida súmula este passou a ser o entendimento pacífico no STJ, conforme julgamento do AgRg no Recurso Especial 613205 em 06.08.2009 que decidiu que a antecipação do valor residual garantido não desnatura o contrato de *leasing* (Súmula 293/STJ).

Em que pese o citado posicionamento jurisprudencial, em consonância com a melhor doutrina, tal entendimento vai de encontro aos próprios fundamentos do instituto em análise.

Conforme pode se verificar da natureza do contrato de *leasing*, este se caracteriza justamente por conferir uma tríplice opção ao arrendatário. O *leasing* não objetiva, necessariamente, uma transferência de domínio, não podendo se admitir como natural ao

referido contrato que o arrendatário pague, antecipadamente, o preço integral do bem, ou a sua maior parte. Isso significa que se o preço da coisa for pago antecipadamente em um contrato intitulado de *leasing*, configura-se, na verdade, um contrato de compra e venda.

Vale destacar que a exigência antecipada pelas empresas de *leasing* do valor da opção, ainda que sob o nome de valor residual garantido – VRG, se traduz como um desvirtuamento do direito de opção, fundamental no contrato de arrendamento mercantil.

Tais empresas justificam tal prática sob o argumento de que a antecipação é na verdade a garantia que o arrendatário fornece de que se quiser, ao final do contrato, adquirir o bem, terá meios financeiros para tanto.

Contudo, tal argumento se mostra falacioso, uma vez que a garantia do *leasing* já existe. Se o arrendatário não tiver recursos para exercer a opção de compra, ele simplesmente não se tornará proprietário do bem, que voltará à propriedade da arrendadora. É descabido sustentar a necessidade de uma outra garantia como o referido pagamento antecipado.

Ademais, é importante destacar que com o pagamento antecipado do valor residual e a conseqüente supressão da tríplice opção do arrendatário ao final do contrato, o negócio de arrendamento mercantil fica sem causa, ou seja, desaparece a razão maior do negócio, uma vez que a finalidade básica e principal do *leasing* é o financiamento de investimentos produtivos e não simplesmente a compra e venda.

Em conclusão, a operação na qual o valor da opção é pago antecipadamente mostra-se como uma forma de descaracterizar o contrato de arrendamento mercantil, devendo ser considerada como uma simples simulação de contrato de compra e venda, uma vez que inexistindo a possibilidade de optar-se pela renovação da locação, encerramento do contrato, não

mais renovando a locação ou compra do bem alugado, pagando o valor residual, há descaracterização do contrato de arrendamento mercantil.

4. A DISCUSSÃO ACERCA DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS NOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL.

Atualmente existe grande discussão envolvendo a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS nos contratos de arrendamento mercantil, haja vista a natureza jurídica dos contratos de arrendamento mercantil.

Conforme anteriormente exposto no presente artigo, o contrato de leasing possui natureza jurídica de negócio complexo, envolvendo características da locação de bens, mas com a peculiaridade da opção de compra do bem ao final do contrato.

Daí vem a grande discussão acerca da possibilidade de incidência do referido tributo neste tipo de contrato.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 156, III que compete aos Municípios instituir o imposto sobre serviços de qualquer natureza, desde que não compreendidos no artigo 155, II (serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação), definidos em lei complementar.

Dessa forma, ressalvados os serviços constitucionalmente dispostos sobre a incidência do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, qualquer serviço pode ser tributado pelos Municípios, desde que definidos em lei complementar.

Vale destacar que o núcleo material do ISS não se limita a “serviço”, mas a uma prestação de serviço, englobando um negócio jurídico pertinente a uma obrigação de fazer, em consonância com as diretrizes de direito privado, o que levou o Supremo Tribunal Federal a declarar a impossibilidade de se confundir a locação de serviços, cuja tributação ‘é legítima, com a locação de bens moveis sobre a qual não incide o referido tributo.

A definição dos serviços tributáveis gera intensa controvérsia, revelando grande antagonismo entre a autonomia dos Municípios em definir a lista dos serviços por leis infraconstitucionais e a outorga de competência ao legislador nacional para estipular tais serviços que podem ser tributáveis.

Trata-se, inclusive, segundo Tiago Andreotti Silva (SILVA, 2009) de uma discussão acerca da influência do pacto federativo e da repartição de competências na instituição de tributos, uma vez que através da ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal, o pacto federativo, que atribui autonomia e assegura a participação política dos entes federados, deve ser observado sob a ótica da própria Constituição que ao instituí-lo, o delimitou.

A autonomia e a distribuição de competências concedidas pelo pacto federativo devem ser entendidas de acordo como a própria Constituição determina, ou seja, a autonomia existe, mas somente dentro do que foi constitucionalmente previsto.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (RE 77.183-SP e RE 75.952-SP) firmou o entendimento de que é taxativa a lista de serviços prevista na Lei Complementar n 116 de 31.07.03, embora admita interpretação ampla e analógica.

Dessa forma, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza somente pode ser instituído pelos Municípios atendendo aos limites constitucionais e de acordo com a lei complementar que foi editada definindo os serviços que podem por ele serem tributados, dada a

regra de repartição de competência tributaria determinada pela Constituição Federal e de observância obrigatória pelos Municípios.

Nesse sentido é o entendimento de Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2007) que explica que “para caracterizar serviços de qualquer natureza, nos termos empregados pelo constituinte, a prestação deve atender, simultaneamente, a dois requisitos: (i) ser serviço; e (ii) estar indicado em lei complementar.”

Portanto a materialidade constitucional do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza consiste na prestação de serviços definidos em Lei Complementar.

Conforme ressaltado, se a prestação de serviços consiste numa obrigação de fazer, importante destacar o que consiste propriamente esta obrigação dentro da seara do Direito Civil. Maria Helena Diniz (DINIZ, 2008) conceitua a obrigação de fazer como aquela que vincula o devedor à prestação de um serviço ou ato positivo em benefício de outrem, que pode ser tanto um credor ou uma terceira pessoa, sendo que essa relação obrigacional tem por objeto qualquer comportamento humano, lícito e possível, do devedor à custa daquele.

Dessa forma, a obrigação de fazer pode ser configurada como uma prestação que vincula uma parte a realizar uma atividade em favor de outra, ou melhor, é a realização de um ato do devedor em favor do credor, sendo o serviço a própria atividade realizada pelo devedor.

Demonstrado o conceito jurídico de serviço, passamos à análise da aplicação deste conceito à natureza do contrato de arrendamento mercantil.

Vale destacar que contrato de arrendamento mercantil, conforme anteriormente exposto, possui uma natureza híbrida, conjugando características da locação juntamente com a opção de compra ao final.

Entretanto, deve ser ressaltada nos contratos de *leasing* a natureza predominante dos contratos de locação, uma vez que o próprio ordenamento jurídico brasileiro no artigo 1º da lei 6.099/74 que regula a matéria dispõe ser o objeto de *leasing* o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, deixando clara a predominância da natureza locatícia do referido contrato.

Assim, nada mais coerente do que empregar ao contrato de arrendamento mercantil, tratamento similar ao concedido aos contratos de locação de bens que, inclusive já teve pacificado o entendimento (súmula vinculante 31 do STF) acerca da inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre as operações de locação de bens móveis.

Apesar do contrato de arrendamento mercantil ser influenciado por fortes características dos contratos de financiamento, ele não passa de um contrato de arrendamento de bens cuja diferença se dá com a possibilidade de compra do bem ao final.

Deve-se ter em mente que o arrendamento de bens em nada se aproxima do conceito de prestação de serviço, uma vez que não se trata de uma obrigação de fazer, mas uma cessão dos direitos de uso e gozo de determinado bem, mediante remuneração, não havendo a realização de uma atividade ou ato humano do devedor em favor do credor que possa ser considerada como serviço.

Sendo assim, se o contrato de arrendamento mercantil não consiste na prestação de serviço, não poderíamos falar em incidência do ISS sobre este contrato, mesmo que tal atividade tenha sido prevista na lista disposta pela Lei Complementar 106/03. Tal norma legal deveria ser considerada inconstitucional em relação a este dispositivo.

Na jurisprudência pátria o tema, como não poderia deixar de ser, também é alvo de controvérsia.

O Superior Tribunal de Justiça, numa primeira análise acerca do tema possuía entendimento no sentido da incidência do ISS sobre os contratos de arrendamento mercantil, tendo, inclusive, editado a súmula 138 neste sentido.

Entretanto, a posição do STJ foi alterada em relação à aplicação da súmula, entendendo-se que quando da edição desta a matéria suscitada não era de cunho constitucional.

O entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a discussão acerca da incidência ou não do ISS sobre os contratos de arrendamento mercantil tem cunho predominantemente constitucional, sendo de competência do Supremo Tribunal Federal analisar a questão.

Neste sentido, o julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial n 1184736 de 11.05.2010 que entendeu que discussão em torno do conceito de serviço para fins de incidência do ISS sobre operações de arrendamento mercantil (*leasing*) é de cunho eminentemente constitucional (art. 156, III, da Constituição Federal), descabendo à Corte, por meio de recurso especial, apreciar tal questão, sob pena de usurpação da competência conferida ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça tem se absterido de adentrar ao mérito da questão, aguardando um posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Insta salientar que a matéria já chegou ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 592.905/SC, de 02.12.2009, relatoria do Ministro Eros Grau que decidiu acerca da arguição de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei 106/03 que dispunha sobre a incidência de ISS nos contratos de *leasing*.

Conforme ementa do acórdão, entendeu o STF que o contrato de arrendamento mercantil, compreendido em três modalidades, ou seja, *leasing* operacional, *leasing* financeiro e *lease-back*, o primeiro seria considerado locação e os dois últimos haveria prestação de serviços.

Dispõe ainda que a lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara para os fins do artigo 156, III da Constituição Federal e que no arrendamento mercantil (*leasing* financeiro), trata-se de um contrato autônomo que não é misto, o núcleo ‘e financiamento e não uma prestação de dar. Como a atividade de financiamento se configura prestação de serviço, incide o ISS, sendo irrelevante a existência da compra no final do contrato de *leasing* financeiro e *lease-back*.

O voto do relator Ministro Eros Grau expõe que o chamado *leasing* financeiro configura atividade que não se exerce senão mediante prestação de considerável parcela de serviços diversificados, prestados não somente pelos dirigentes da arrendadora, mas também sob a responsabilidade de prepostos e empregados da arrendadora, serviços que são insuscetíveis de serem absorvidos pela simples operação de locação de bens.

Acrescenta o Ministro em seu voto que existem serviços, para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição, que por serem de qualquer natureza, não se mostram como típicas obrigações de fazer. Pensamento contrário, ou seja, da existência única de serviços que configurem obrigações de fazer iriam de encontro à expressão “de qualquer natureza”, afirmada no texto constitucional.

No voto do Ministro Ricardo Lewandowski ficou clara a natureza complexa do contrato de *leasing*, mas que predomina a prestação de serviços, sendo Constitucional a Lei Complementar 106/03 no dispositivo que dispõe sobre a incidência de ISS nos contratos de *leasing*.

O voto do Ministro Carlos Brito também foi no sentido da constitucionalidade da cobrança do ISS nos contratos de *leasing*, ressaltando que a disponibilização de crédito para a aquisição de um bem destinado ao uso se trata de um ato de intermediar, ou seja, fazer uma intermediação, o que configuraria uma obrigação de fazer.

O Ministro ainda salientou em seu voto que o contrato de *leasing* possui uma natureza híbrida, não se confunde com o contrato de locação de bens moveis, ou seja, implica em prestação de serviços, consistente na aquisição de um bem e simultaneamente a administração de um financiamento.

Por fim, o referido voto dispõe acerca da abrangência do próprio nome Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, revelando o propósito amplo – de qualquer natureza - trazido pela Constituição Federal nas obrigações de fazer.

Entretanto, o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, ao meu ver acertadamente, adotou o entendimento diverso, no sentido de que não há no arrendamento – e o *leasing* é arrendamento, o *leasing* não deixa de ser uma espécie de locação – a preponderância da prestação de serviço.

Ressalta no voto que o STF já havia julgado pela inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre as atividades de locação e no caso do contrato de arrendamento mercantil a arrendadora não presta serviços a arrendatária, o que faz é entregar um bem e, a partir da entrega, obtém-se a contraprestação pela utilização do próprio bem móvel.

Concluiu o Ministro que por se tratar de um contrato de locação em que não existe predominância de prestação de serviços e em consonância com a jurisprudência do próprio STF, não deve haver incidência do ISS sobre os contratos de *leasing*.

Assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do dispositivo contido na Lei Complementar 106/03 que prevê a possibilidade de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza em relação aos contratos de arrendamento mercantil, o que permite aos Municípios instituírem o referido tributo sobre tais contratos.

CONCLUSÃO

Primeiramente, mostra-se relevante a abordagem feita acerca da natureza do contrato de arrendamento mercantil, na qual se verificou que se trata de um contrato de natureza híbrida, uma vez que, conforme a doutrina majoritária, envolve, predominantemente, as características dos contratos de locação, mas com a possibilidade de ser realizada a compra do bem pelo arrendatário ao final do contrato.

Vale destacar que todas as controvérsias envolvendo o contrato de arrendamento mercantil giram, justamente, em torno da natureza de negócio jurídico complexo do contrato.

No que tange à controvérsia envolvendo o pagamento antecipado do valor residual garantido pode-se concluir que, apesar da atual posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme redação da súmula 293, o entendimento majoritário da doutrina é no sentido da descaracterização do contrato de arrendamento mercantil para o de compra e venda a prestação quando a cobrança do valor residual garantido se dá de forma antecipada.

Tal posição doutrinária é facilmente defendida, uma vez que a diferença entre *leasing* da compra e venda a prestação esta exatamente na possibilidade de se optar pela compra ou não

do bem ao final do contrato. Feita a opção prematuramente no início do contrato, resta descaracterizado o contrato de *leasing*.

Ademais, deve-se ressaltar que a própria legislação sobre o tema é clara em afirmar no artigo 11, § 1º da Lei 6.099/74, bem como no artigo 10, parágrafo único da Resolução 351 do Conselho Monetário Nacional que a opção de compra feita antes do término do contrato faz com que se considere a operação um contrato de compra e venda a prestação.

No que tange à discussão acerca da incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS a doutrina majoritária adota o entendimento de que o contrato de arrendamento mercantil não configura propriamente uma prestação de serviços, haja vista suas características semelhantes ao contrato de locação.

Assim, não se tratando de prestação de serviços, a possibilidade de incidência de ISS, conforme previsão da Lei Complementar 116/03, sobre a referida operação deveria ser declarada inconstitucional.

Apesar dos sólidos fundamentos doutrinários, não foi esta a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 592.905/SC, de 02.12.2009 que tratou sobre a matéria.

Entendeu a Suprema Corte ser constitucional a previsão contida na Lei Complementar, uma vez que nos contratos de *leasing* financeiro e *lease-back* restaria configurada a predominância da prestação de serviços, ressaltando, assim, a modalidade de *leasing* operacional por constituir operação de locação.

Ressalta o julgado que o referido contrato possui em seu núcleo fortes características de financiamento, e como tal atividade, incide ISS, sem haver qualquer relevância na eventual compra realizada ao final do contrato.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 2.309 de 1996.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 351 de 1975.

BRASIL. Lei nº 6.099 de 12 de setembro de 1974.

BRASIL. Constituição da República de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei Complementar 116 de 31 de julho de 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ERESp nº 213.828/RS. Rel. Milton Luis Pereira.
Publicado no DOU de 29.09.2003

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp nº 613205/DF. Rel. Paulo Furtado.
Publicado no DOU de 21.09.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 77.183-SP. Rel. Aliomar Baleeiro. Publicado no
DOU de 04.10.1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 75.952-SP. Rel. Thompson Flores. Publicado no
DOU de 02.10.1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.905/SC. Rel. Eros Grau. Publicado no DOU de
05.03.2010.

BERTOLDI, Marcelo. *Curso Avançado de direito comercial*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006.

BOITEUX, Fernando Netto. *Contratos mercantis*. São Paulo: Dialética, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, vol. 2. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

LIMONGI, Rubens (coord.). “*Leasing – I: Noção Básica.*” In: *Enciclopédia Saraiva de Direito.*, São Paulo: Edição Saraiva, 1977, vol. 48.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS DA SILVA, Américo Luís. *Contratos Comerciais*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing – Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998.

SILVA, Tiago Andreotti e. *A incidência do ISS nos contratos de leasing*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12823>.