

## ISS E *LEASING*: QUESTÕES POLÊMICAS E PROGNÓSTICO DO IMINENTE JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Camila de Albuquerque Oliveira

### 1. À guisa de introdução, o caso gerador

Já antes da inserção, pela Lei Complementar n° 56, de 15.12.1987, do arrendamento mercantil (*leasing*) de bens móveis na lista de serviços tributáveis pelo Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) prevista no Decreto-lei n° 406/68, com redação conferida pelo Decreto-lei n° 834/69, a controvérsia em tomo da legitimidade de tal incidência e, por conseguinte, da natureza jurídica do mencionado contrato assumiu grande relevância nos trabalhos doutrinários brasileiros e na construção pretoriana nacional.

Nesse período, o embate se desenvolveu em tomo da possibilidade de abrangência do *leasing* pela hipótese prevista na redação original do item 52 da lista de serviços, a locação de bens móveis. Alegando fundamento nesse item, muitos municípios passaram a prever em sua legislação a incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil.

Inicialmente, tamanha era a controvérsia do tema, as Turmas da Colenda Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça divergiam. Enquanto a Primeira, composta pelos então Ministros Garcia Vieira (REsp n° 249-RS), Carlos Mário Velloso (REsp n° 61-SP), Armando Rolemberg (REsp's n° 628-SP e n° 673-SP), Pedro Acioli (REsp's n° 804-SP e n° 836-SP) e Geraldo Sobral (REsp n° 2.732-SP), unanimemente posicionava-se pela incidência do ISS sobre a operação de arrendamento mercantil, a Segunda, também de forma absoluta, à luz do voto do Ministro Helio Mosimann (REsp n° 322-SP), afastava a exação, pois, na qualidade de contrato típico, não poderia ser incluído na categoria de contrato locatício de bens móveis. Em meados da década de 1990, as turmas pacificaram entendimento em tomo da questão. Prevaleceu o da Segunda Turma:

inexistente norma definidora do fato gerador do tributo, o ISS não incide nas operações de arrendamento mercantil.

Embora raros os julgamentos de mérito do Supremo Tribunal Federal acerca da questão, que logo considerou que a matéria tinha cunho infraconstitucional e passou a converter os recursos em especial (RE nº 107.869-3), pode-se constatar a definição clara, entre os membros da Corte, de duas linhas de argumentação: uma considerando o *leasing* como uma subespécie da locação de bens móveis (ou, ao menos, considerando que essa é o seu elemento preponderante) e outra o considerando um contrato típico, em que prevalece o financiamento. O entendimento pela razoabilidade da subsunção do arrendamento mercantil, por correspondência, à categoria prevista no item 52 da lista, repita-se, locação de bens móveis (RE 106.047-SP), todavia, predominou. Não havia, segundo aduzido pelo Ministro Relator Rafael Mayer, o

[...] emprego de analogia criadora de tributo à revelia do art. 108, §1º, do CTN, mas a apreensão da realidade de um serviço prestado habitualmente, cuja conotação essencial, própria do arrendamento mercantil de móveis, encontra correspondência na categoria no serviço prevista no item 52, a saber, a locação de coisas móveis.

Em meio a essa discussão, foi promulgada a Lei Complementar nº 56/87, que inseriu na mencionada lista, também no item 52, ao lado da locação de bens móveis, o arrendamento mercantil. Posteriormente, a Lei Complementar nº 116/03, embora já não contemplasse em sua lista de serviços a locação de bens móveis, voltou a prever o *leasing* como tributável pelo ISS. O debate continuou.

Muitos estudiosos do direito cível e tributário, a exemplo de Humberto Ávila, entendem ilegítima a inserção de tal atividade na lista de serviços, pois tal natureza não detém. Outros, como o Prof. Luiz Edson Fachin, ratificam a previsão.

Os poucos tribunais estaduais que se manifestaram sobre a matéria, mormente nas Regiões Sul e Sudeste (SP, RS, SC), não apresentam entendimento uníssono, embora, até o momento, sejam majoritários no sentido de permitir a incidência do ISS sobre

o arrendamento mercantil de coisas móveis em virtude da previsão legal.

Assim também, por muito tempo, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, que, avalizando a cobrança por se encontrar a atividade prevista na lista, findou por editar a Súmula nº 138.

Paralelamente, novas regras processuais e a Súmula nº 317 definiram que a apelação em embargos à execução fiscal somente é dotada de efeito devolutivo. Outrossim, a Lei nº 10.819/03 permitiu o levantamento, pelos municípios, de 75% dos valores depositados pelas arrendadoras para fins de garantia do juízo.

À esteira de tais súmulas, muitos municípios, provocados e auxiliados por advogados que lhes fornecem toda a eficiência necessária à cobrança, promoveram reformas em seu sistema tributário (majorando alíquota e multa por inadimplemento, p. ex.), fiscalizaram operações de *leasing*, lavraram autos de infração e propuseram execuções fiscais.

O procedimento geralmente adota a seguinte feição: mediante questionamento formulado ora perante Departamento de Trânsito do Estado<sup>1</sup>, ora perante concessionárias de veículos neles instaladas<sup>2</sup>, os municípios identificam as empresas arrendadoras que financiaram veículos a pessoas físicas ou jurídicas nele residentes ou estabelecidas, respectivamente, e compraram veículos a concessionárias nele localizadas. De posse de tais subsídios, notifica as empresas arrendadoras identificadas para que informem as operações de *leasing* nele realizadas. As empresas, como nada nele realizaram, prestam tal declaração ou simplesmente silenciam. Ocorre que, com base nas notas fiscais de venda dos veículos das concessionárias às arrendadoras, o município arbitra um valor a título de preço do serviço, que geralmente varia entre 140% e 250% do valor do veículo, e aplica os encargos legais.

Normalmente vencidas no procedimento administrativo, as empresas arrendadoras enfrentam a execução fiscal ou, a ela an-

1. O Detran identifica as arrendadoras dos veículos que apresentam o ônus em relação a arrendatário residente no Município solicitante da informação.
2. As concessionárias de veículos informam para que empresas arrendadoras venderam veículos.

tecipando-se, propõem ação anulatória do auto de infração. Em qualquer das hipóteses, repita-se, uma vez garantido o juízo, pode o município proceder ao levantamento de 75% do valor depositado.

Em meio a esse cenário um tanto quanto desfavorável, as empresas de *leasing*, capitaneadas pela Associação Brasileira das Empresas de Leasing (ABEL), desenvolveram a estratégia de encaminhar o caso ao Supremo Tribunal Federal para que decida sobre a constitucionalidade de tal cobrança.

Agora, o Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o caráter constitucional de parte da questão, já não aplica a Súmula nº 138, mas encaminha os autos ao Supremo Tribunal Federal para julgamento de recursos extraordinários (REsp's 805.260 e 804.407).

A discussão, assim, ingressa em uma nova etapa: o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que se pronunciará sobre a possibilidade de incidência ou não do ISS sobre o arrendamento mercantil.

Ante a atualidade e importância do tema, este trabalho é proposto para, a um só tempo, apresentar toda a discussão que envolve determinados aspectos da sistemática de recolhimento do ISS sobre o *leasing* e, ato contínuo, indicar o caminho que, se mantida a coerência com seus julgados anteriores, será adotada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante às questões constitucionais do debate.

O estudo, de logo se registre, toma por base as operações de *leasing* financeiro de veículos, de forma que todas as considerações abaixo formuladas terão por referência essa espécie contratual.

## 2. O ISS e o arrendamento mercantil: os pontos controversos

### 2.1. A incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil

Ao repartir competências tributárias, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 156, III, atribui aos municípios a instituição de impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em Lei Complementar, a saber, o ISS.

Destarte, tem-se por ponto de partida a premissa (verdadeira) de que os municípios somente podem criar e exigir imposto sobre

fatos/atividades abrangidas pelo conceito de serviços, como tais definidos pela União por lei complementar.

Ao fazer alusão à expressão *serviços* para definir a competência tributária dos municípios, a Constituição Federal nitidamente se utiliza de um instituto de direito privado que, em última análise, demarca o campo de atuação da legislação infraconstitucional. Ou seja,

é no interior dos lindes desse conceito de Direito Privado que se enclausura a esfera de competência dos Municípios para tributação dos serviços de qualquer natureza, dado que foi por ele que a Constituição Federal, de modo expreso, a discriminou, identificou e demarcou.<sup>3</sup>

Tal respeito aos conceitos de Direito Privado utilizados pela Constituição representa, além de uma imposição legal (art. 110 do CTN), decorrência lógica da hierarquia do sistema jurídico brasileiro, que, como dito, não pode ser desrespeitada.

Nesse sentido, faz-se importante registrar que a doutrina e a jurisprudência pátrias são uníssonas no entendimento de que a Constituição, ao se referir a termos para fins de outorga de competências tributárias, os emprega em seu rigoroso sentido técnico-jurídico.

A Carta Maior, ao outorgar competências tributárias, impõe, em contrapartida, respeito ao esboço do fato tributável constante do seu texto, de maneira que toda legislação infraconstitucional deve seguir tais preceitos.

É justamente pautado por tal orientação que o legislador consignou o disposto nos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional.

O tributarista Hugo de Brito Machado<sup>4</sup>, quando do comentário do artigo 110 do Código Tributário Nacional, apresenta o mesmo entendimento:

3. BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p.33.

4. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82.

Se um conceito jurídico, seja legal ou doutrinário, é utilizado pela Constituição, não poderá ser alterado pelo legislador ordinário, nem muito menos pelo intérprete. O art. 110 do CTN determina que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.” [...] A razão é simples. Se a Constituição referiu-se a um instituto, conceito ou forma de direito privado para definir ou limitar competências tributárias, obviamente esse elemento não pode ser alterado pela lei. Se a constituição fala de mercadoria ao definir a competência dos Estados para instituir e cobrar o ICMS, o conceito de mercadoria há de ser o existente no Direito Comercial. Admitir que o legislador pudesse modificá-lo seria permitir ao legislador alterar a própria Constituição Federal

Não há que de exigir que a Constituição tenha estabelecido a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas, para que esses sejam inalteráveis pelo legislador. Basta que tenha utilizado um instituto, um conceito ou uma forma de direito privado, para limitar a atividade adaptadora do legislador. Se a Constituição estabelece um conceito, evidentemente esse seria inalterável, pelo legislador, independentemente da regra do CTN.

[...] Admitir que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por qualquer norma da Constituição é admitir que a lei modifique a Constituição. [...]

Na concreção do arquétipo constitucional e, ainda, por se tratar de tributo de competência residual, cumpre à lei complementar definir o que, em princípio, enquadrar-se-ia nesse conceito.

Deve-se observar, todavia, que a previsão de uma determinada atividade na lista de serviços, por si só, não é capaz de legitimar sua sujeição ao ISS.

Em outras palavras, a indicação de determinada atividade na lista mencionada não tem o condão de conferir-lhe, *per se*, a natureza de serviço.

Assim, para que se possa tributar pelo ISS determinado fato, é necessário que ele, além de previsto na lista de serviços, efetivamente ostente tal natureza.

Nesse sentido, assevera Humberto Ávila que

[...] se serviço é aquilo cujo conceito se encaixa no conceito constitucional de serviço, o que não é serviço não passa a ser por obra do legislador infraconstitucional, daí por que é irrelevante a pura inserção na lista (item 52 da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, item 79 da lista anexa à Lei Complementar nº 56/87 ou item 3.01 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03). Se um serviço existisse porque inserido na lista, a inserção na lista transformaria obrigação de dar em obrigação de fazer, o que, de resto, viola a própria realidade das coisas.<sup>5</sup>

Similarmente, lecionava Geraldo Ataliba que

A circunstância de outorgar a Constituição à lei complementar a tarefa de definir os serviços não quer significar, absolutamente, que a Constituição tenha dado ao legislador complementar liberdade de ampliar o conceito de serviço pressuposto constitucionalmente.

Foi justamente em decorrência da inobservância concomitante de tais requisitos que não era legítima a incidência do ISS sobre locação de bens móveis<sup>6</sup>, que, embora constasse da lista, não era serviço, e sobre determinadas operações bancárias<sup>7</sup>, que, embora serviço, não constam na lista.

5. ÁVILA, Humberto. Parecer. Imposto sobre a Prestação de Serviços de Qualquer Natureza - ISS. Normas Constitucionais Aplicáveis. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Hipótese de Incidência, Base de Cálculo e Local da Prestação. Leasing Financeiro: Análise da Incidência. *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 122. São Paulo: Dialética, p. 125.
6. “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. NÃO-INCIDÊNCIA. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. 1. O Plenário deste Tribunal firmou entendimento no sentido de que não incide o Imposto sobre Serviços - ISS sobre contratos de locação de bens móveis. Precedente: RE ri. 116.121, Plenário, DJ de 25.5.01. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF. AI-AgR 642181 / RJ. Segunda Turma: Rei. Min. Eros Grau. DJ 29.06.2007).
7. “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES BANCÁRIAS. A lista de serviços anexa à lei complementar n. 56/87 é taxativa. Não incide ISS sobre serviços expressamente excluídos desta. Precedente: RE n. 361.829, Segunda Turma, DJ de 24.2.2006. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF. AI-AgR 590329 / MG. Segunda Turma: Rei. Min. Eros Grau. DJ 08.09.2006).

Registradas tais considerações, há de se perquirir o preenchimento dos dois requisitos em relação ao *leasing* financeiro para, então, concluir-se pela possibilidade ou não da exação sobre ele pretendida.

O primeiro requisito afigura-se preenchido: desde a edição da Lei Complementar nº 56/87, o *leasing* (arrendamento mercantil) passou a figurar na lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68 e, posteriormente, à Lei Complementar nº 116/03.

Afira-se o segundo. Do exame sistemático da Constituição - convém reiterar - serviço é o esforço de pessoas desenvolvido em favor de outrem, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, em caráter negociai, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial<sup>8</sup>.

No mesmo sentido, João Melo Franco e Herlander Antunes Martins, no *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*, registram como definições:

Serviços - consistem, essencialmente, em actividades humanas valiosas (A. Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, 1979-17).

Serviços - são situações jurídicas atinentes ao direito das obrigações que consistem em “ações de homens que satisfazem imediatamente necessidades de outros homens.” (Menezes Cordeiro, *Dir. das Obrigações*, 1980, 1º-15).

Serviços - em sentido econômico são ações de indivíduos que satisfazem imediatamente necessidades de outros indivíduos. São coisas, portanto, que não têm consistência material, que constituem bens imateriais, incorpóreos, intangíveis [...] (J. J. Teixeira Ribeiro, *RU*, 116º-10).<sup>9</sup>

O *leasing*, por sua vez, é um contrato complexo, regulado pela Lei nº 6.099/74, posteriormente alterada pela Lei nº 7.132/83 e pela Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) (BACEN) nº 2.309/96.

O parágrafo único do artigo Iº da Lei nº 6.099/74 considera arrendamento mercantil o negócio jurídico realizado entre pessoa

8. BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p.62.

9. FRANCO, João Melo; MARTINS, Herlander Antunes. *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 743.

jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.

Ainda nos termos dessa norma, todas as operações de arrendamento mercantil subordinam-se ao controle e fiscalização do Banco Central do Brasil, segundo normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).

No exercício de seu mister, o CMN, por meio da Resolução nº 2.309/96, em seus artigos 5º e 6º, consigna a definição das duas [modalidades de leasing](#) existentes no mercado: operacional e financeiro. Observe-se o teor dos dispositivos:

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 à 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.

Art. 6º. Considera-se arrendamento mercantil operacional a modalidade em que:

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

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

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

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

Observe-se que, embora envolvam, a um só tempo, locação, financiamento e possibilidade de compra e venda e tenham por característica dominante a cessão do uso de bem a terceiro (arrendatário), existem diferenças substanciais entre eles.

No *leasing* operacional, não há a intenção de aquisição do bem pelo contratante, destinando-se as contraprestações a cobrir parte dos custos com o *aluguel* do bem e com os serviços prestados pela arrendadora a título de manutenção e assistência técnica. No caso do remoto exercício da opção de compra, o preço a ser pago corresponderá ao valor de mercado do bem. É o caso, por exemplo, de arrendamento de máquinas copiadoras para grandes escritórios. Observe-se que aqui se percebe, nitidamente, a existência de uma espécie de locação de bens atrelada a serviços de assistência e manutenção.

No financeiro, por outro lado, há intenção do contratante de adquirir o bem. Como não tem os recursos necessários, procura uma instituição financeira que o faça. Esta, por sua vez, atua como mero agente financeiro (aplica o capital e pretende retomo da aplicação). Não pretende ser proprietária do bem, adquirido por indicação do arrendatário. Sua contraprestação tem por escopo remunerar os recursos aplicados. Observe-se que a operação preponderante é o financiamento. A locação e a opção de compra existem como meios (atividades acessórias) ao financiamento, buscado pelo contratante.

Assim, enquanto em relação ao *leasing* operacional, ainda se constata a existência de serviços (manutenção e assistência), no financeiro, não.

Inexiste, no *leasing* financeiro, obrigação de fazer. E não se argumente que o exame e a aprovação da ficha cadastral, a análise e aprovação do crédito, a conferência de dados, a guarda de documentos, etc. seriam as obrigações de fazer que tomariam tributável o arrendamento financeiro. Ora, são elas meras formalidades acessórias necessárias à atividade fim: o financiamento (ou a obrigação de dar dinheiro).

Por bastante elucidativo, merece traslado o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

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

1. O ISS na sua configuração constitucional incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa ad substantia obligatio in faciendo, inconfundível com a denominada obrigação de dar.

2. Outrossim, a Constituição utiliza os conceitos de direito no seu sentido próprio, com que implícita a norma do artigo 110, do CTN, que interdita a alteração da categorização dos institutos.

3. Consectariamente, qualificar como serviço a atividade que não ostenta essa categoria jurídica implica em violação bifronte ao preceito constitucional, porquanto o texto maior a utiliza não só no sentido próprio, como também o faz para o fim de repartição tributária-constitucional (RE 116121 /SP).

4. Sob esse enfoque, é impositiva a regra do artigo 156, III, da Constituição Federal de 1988, verbis: “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana;

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

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) [...]” 5. A dicção constitucional, como evidente,

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

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

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

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

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

10. Acórdão cuja conclusão alicerça-se em fundamento constitucional, qual seja, a violação do artigo 156, III, da Constituição Federal de 1988, e a inconstitucionalidade das listas constantes do Decreto-Lei 406/68 e da Lei Complementar 116/03, revela-se de integral competência do STF, máxime quando se sustenta um fundamento autônomo a exigir, na forma do verbete sumular, a interposição simultânea de ambos os apelos extremos (Precedentes da Primeira Turma: AgRg no REsp 684021/RS, desta relatoria, DJ de 22.08.2005; AgRg no REsp 697335/RS, desta relatoria, DJ de 29.08.2005; REsp 631547/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 05.08.2004; e AgRg no AgRg no Ag 659539/MG, desta relatoria, DJ de 20.02.2006. Decisões monocráticas: RESP 628211/BA,

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

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

12. Aliás não é por outra razão que o CPC dispõe no artigo 543 que: “Art. 543. Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

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

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

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

15. In casu, o aresto objurgado decidiu que “o arrendamento mercantil financeiro, com os seus componentes de compra e venda, locação e financiamento, não envolve nenhuma prestação de serviço e, como tal, não se sujeita à incidência do Imposto Sobre Serviços”, a partir do voto condutor do relator do feito na origem, que asseverou, in verbis: “...data venia dos entendimentos em contrário, tenho a firme convicção de que os fundamentos acolhidos pelo Pleno do Excelso Pretório se aplicam como luva ao caso em estudo. O leasing financeiro não alberga ‘prestação de serviços’. Não será por disposição legal que sua natureza poderá sofrer alteração. A lei não tem o condão de modificar a essência das coisas ou dos fatos.

Definir como prestação de serviço aquilo que essencialmente não o é, se traduz numa forma escamoteada de burlar a limitação constitucional de incidência tributária.” (Embargos Infringentes n.º 2004.002916-0, Grupo de Câmaras de Direito Público, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Relator Desembargador Newton Janke, julgado em 08.09.2004).

16. As conclusões e premissas de índole notadamente constitucional, sem as quais não sobreviveria o aresto recorrido impõem timbrar seu fundamento constitucional para, na forma da jurisprudência cediça na Corte, não conhecer do especial (Precedentes: AgRg no Ag 757416/SC, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 03.08.2006; AgRg no Ag 748334/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 30.06.2006; REsp 754545/RS Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, SEGUNDA TURMA DJ 13.03.2006; AgRg no REsp 778173/MG, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 06.02.2006; AgRg no REsp 658392/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 21.03.2005).

50. Recurso especial não conhecido, divergindo-se do voto do relator.<sup>10</sup>

No mesmo sentido determinou a 21ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme demonstra o acórdão exarado na Apelação Cível e Reexame Necessário n° 70007542145, que tem a ementa a seguir reproduzida:

DIREITO TRIBUTÁRIO. ISSQN. OPERAÇÕES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. NÃO-INCIDÊNCIA. As operações de arrendamento mercantil não se confundem com prestações de serviço, não havendo, portanto, que se cogitar da incidência do ISSQN sobre as mesmas. Precedente do STF. Apelo da Autora Provido. Apelo do Município e reexame necessário prejudicados. (Apelação e Reexame Necessário N° 70007542145, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 28.4.2004).

Do voto condutor, extrai-se a seguinte passagem:

10. STJ. REsp 797948/SC, Rei. Ministro JOSÉ DELGADO, Rei. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.12.2006, DJ01.3.2007 p. 240.

Inicialmente vou analisar o apelo da Companhia Itaú Leasing de Arrendamento Mercantil.

A questão da incidência de ISSQN sobre as operações de arrendamento mercantil, corriqueiramente chamado de leasing, tem se mostrado controversa, em face das divergências vislumbradas nos julgados dos Tribunais Superiores.

Inicialmente, cumpre salientar que a incidência do imposto em tela sobre as operações de arrendamento mercantil encontra respaldo legal no item 79, da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68.

O Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento acerca da incidência do ISSQN sobre as operações de arrendamento mercantil quando da edição da Súmula nº 138 que traz a seguinte redação:

Súmula 138. O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis.

No entanto, posteriormente à edição da referida súmula, o eminente Ministro Francisco Peçanha Martins do próprio STJ manifestou-se da seguinte maneira, quando do julgamento do Recurso Especial nº 189.225:

“Não sendo o contrato de franquia uma simples prestação de serviço, mas de natureza complexa, não consta do rol das atividades especificadas pela Lei nº 8.955/94, para fins de tributação do ISS.”

Com efeito, o contrato de arrendamento mercantil também possui natureza complexa, a exemplo do contrato de franquia, não se vislumbrando hipótese de incidência do ISSQN sobre esse tipo de operação.

O Supremo Tribunal Federal, mais recentemente, vem afastando a incidência desse imposto nas referidas operações. Senão vejamos:

“TRIBUTO. FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional.” (STF, Tribunal Pleno, RE nº 116.121/SP, Rei. Min. Octavio Gallotti, Red. p/o acórdão Min. Marco Aurélio, julg. 11/10/2000, maioria, DJU de 25/5/2001).

Como resultado do supramencionado julgamento, ficou evidenciado que o legislador ao editar o item 79 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, alterou a definição de “locação de coisas” previsto no art. 1.188 do Código Civil, o que violou frontalmente os termos do art. 110 do Código Tributário Nacional, de seguinte redação:

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

O seguinte trecho do voto proferido pelo ilustre Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, quando do julgamento do agravo de instrumento nº 70004729299, é de grande valia para o esclarecimento da questão:

“Tal entendimento decorre do fato de, a princípio, a locação de bens não poder ser confundida com prestação de serviços. Com efeito, os romanos já conheciam e faziam a distinção entre a *locatio-conductio rei*, a *locatio-conductio operarum* e a *locatio-conductio operis faciendi*. Portanto, já naquela época a distinção era clara entre a locação de coisas, a locação de serviços e a locação de obra ou empreitada, devendo ser acrescentado, ainda, que o Código Civil pátrio fez a distinção entre estes contratos nos arts. 1.188, 1.217 e 1.237.”

Diante do exposto, pode-se vislumbrar que a locação de bens móveis e a prestação de serviços não se confundem, como bem assevera Sérgio Pinto Martins, in. Manual do Imposto sobre Serviços, 3ª ed, pág. 152:

“O parágrafo único do art. 1º da Lei 6.099, de 12-9-74, acrescentado pela Lei nº 7.132, de 26-10-83, considera arrendamento mercantil o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta. O arrendamento mercantil ou ‘leasing’ consiste em um contrato típico, que tem características próprias, em que há o aluguel de determinado bem por determinado período, podendo o locatário comprar o bem ao término do referido período, mas importa investimento, com amortização dos bens alugados. Não se trata de prestação de serviços, mas de atividade financeira, de financiamento, razão pela qual não poderia haver incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil.”

A exposição realizada, materializada no entendimento do Supremo Tribunal Federal evidencia a impossibilidade de se cogitar da incidência do ISSQN sobre as operações de arrendamento mercantil, porquanto não se tratam de prestações de serviços.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina também proferiu decisões em que afastou a incidência do ISS em operações de *leasing*, ao teor das seguintes ementas de arestos:

Tributário - ISS - Operação de Leasing sobre bens móveis - Posição do STF - Não incidência - Exegese do art. 156, inc. III da CF e art. 110 do CTN.

Ao tratar do imposto sobre serviços de Qualquer Natureza, a Constituição Federal pressupõe a “prestação de serviços”, segundo a conceituação definida no direito privado (CF, art. 156, inc. III, CTN, art. 110).

A qualificação de operações não condizentes com o significado técnico-jurídico da expressão “prestação de serviços”, para efeito de tributação municipal do ISS, nada mais significa do que a inadmissível e arbitrária manipulação, por lei complementar, da repartição constitucional de competências impositivas, pois o tributo em comento somente pode incidir sobre obrigações de fazer (RE nº 116.121-3/SP, Min. Celso de Mello). O leasing financeiro não alberga “prestação de serviço”. Não será disposição legal que a sua natureza poderá ser alterada. A lei não tem o condão de modificar a essência das coisas ou dos fatos. Definir como prestação de serviço aquilo que essencialmente não o é, se traduz numa norma escamoteada de burlar a limitação constitucional de incidência tributária.<sup>11</sup>

TRIBUTÁRIO - ISS - LEASING FINANCEIRO - INEXISTÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO.

O arrendamento mercantil financeiro, com os seus componentes de compra e venda, locação e financiamento, não envolve nenhuma prestação de serviço e, como tal, não se sujeita à incidência do Imposto Sobre Serviços (ISS).

Em arremate, cumpre salientar que os termos da Súmula 138 do Superior Tribunal de Justiça, ante a nova orientação do Guardião Mor da Cons-

---

11. TJSC. AC nº 2003.016645-9, 2ª Câmara, Rei. Des. Luiz Cezar Medeiros, DJ nº 11301, 10.10.2003, p. 23.

tituição da República, merecem ser revistos. Decompondo-se o contrato de leasing financeiro - financiamento, locação e opção de compra - resta indesejável a afirmação categórica de não-incidência do ISS. Em relação ao primeiro dos elementos (financiamento) compete à União a instituição de tributos sobre operações financeiras (CF, art. 153, inc. V). No que diz respeito à locação, o item 79 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei n. 406/68 mereceu censura do Supremo Tribunal Federal, lembrando novamente que o arrendamento mercantil foi guiado pela Lei Complementar n. 56/97 à condição de espécie do gênero 'locação de bens móveis'. E, por fim, a opção de compra, se concretizada, quando muito, ensejaria o pagamento atinente à circulação de mercadorias (no caso, em função do regime de substituição tributária o ICMS já foi pago antecipadamente).<sup>12</sup>

Por fim, registre-se que o 11º Grupo Cível do mesmo Tribunal tem um precedente favorável à não-submissão das operações de arrendamento mercantil ao ISS, no qual se considerou ser perfeitamente aplicável ao *leasing* a decisão prolatada pelo STF, em relação à não-incidência do ISS sobre a locação de bens móveis (RE nº 121.116-3). Com efeito, por ocasião do julgamento dos Embargos Infringentes nº 70012234555, realizado em 16. 9.2005, a decisão do Grupo foi pela não-incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil.

Ante todo o exposto, afigura-se inafastável a conclusão de que, ao contrário do *leasing* operacional, o conceito de *leasing* financeiro não se enquadra no de serviço, motivo pelo qual não merece prosperar a tributação pelo ISS.

## 2.2. 0 Município competente para sua eventual exigência

Segundo o sistema tributário vigente, constitucional (art. 156, III, da CF/88) e infraconstitucional (LC nº 116/03), os municípios têm competência para instituir e exigir o recolhimento de ISS em relação aos serviços prestados em qualquer local dentro de seu território. Não pode, pois, sob pena de invasão de competência, pretender recolher o ISS sobre fatos ocorridos fora de seu território.

---

12. TJSC. AI nº 2003.009941-7, 1ª Câmara, Rei. Des. Newton Janke, DJ. 18.11.2003.

Se considerado possível e legítimo o enquadramento de *leasing* financeiro no conceito de serviço, tem-se por inequívoco que o local da ocorrência do fato gerador, no caso, coincide com o do estabelecimento prestador.

Nos termos do disposto no art. 12, n, do Decreto-lei nº 406, de 31.12.1968, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar, “considera-se local da prestação do serviço o do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador.”

A LC nº 116/2003, por sua vez, em seu art. 4º, estabelece que

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

Embora cientes da discussão doutrinária e jurisprudencial atinente ao local da ocorrência do fato gerador (ou da prestação de serviço) para fins de determinação da competência tributária do ISS<sup>13</sup>, sendo majoritário o posicionamento de que, salvo em determinadas hipóteses em que nítido o desempenho da atividade em município diverso (limpeza, construção civil, segurança, etc.), prevalece a competência daquele em que localizado o estabelecimento prestador, não se faz sequer necessário o enfrentamento da questão, pois, embora se trate de atividade complexa (sujeito, pois, à competência do município em que está localizado o estabelecimento prestador), no caso resta notório que o local da prestação de serviços, ou seja, o local em que desempenhada a atividade pretensamente

---

13. Prevalecendo, entre a corrente que defende que ocorreria no local do estabelecimento prestador e a que afirma que seria no local da prestação de serviço, o entendimento de que, quando inconteste a atividade tributada foi prestada/executada em Município distinto do estabelecimento prestador, a exemplo do que ocorre com as atividades de segurança e vigilância, construção civil, limpeza etc., será esse o Município competente; por outro lado, quando complexa a atividade ou quando prestado o serviço internamente, será o do estabelecimento prestador competente para exigir a exação

constitutiva do fato gerador, coincide com o do estabelecimento prestador.

Decompondo-se o *leasing* financeiro em suas etapas, tem-se que:

(1) a arrendadora capta recursos financeiros para a formação de um fundo; (2) o interessado na aquisição do veículo preenche a ficha cadastral na revenda/concessionária; (3) a arrendadora examina e aprova a ficha cadastral do proponente da operação de arrendamento mercantil; (4) a arrendadora analisa o crédito e propõe as condições do contrato; (5) a arrendadora informa a aprovação do crédito à revenda/concessionária; (6) a arrendadora formaliza o contrato; (7) os documentos pessoais do proponente, bem como do veículo a ser arrendado, são enviados à arrendadora; (8) os documentos enviados são conferidos e a operação é cadastrada junto ao sistema de dados da empresa de *leasing*; (9) o instrumento contratual é remetido ao proponente que, ato contínuo, o assina e devolve à sede da arrendadora; (10) os documentos são guardados e arquivados na sede da arrendadora; (11) o pagamento do veículo é liberado a favor da revenda/concessionária; (12) é emitido o respectivo carnê para pagamento das contraprestações pelo arrendatário, encerrando-se, dessa maneira, a execução da atividade de concessão e formalização da operação de arrendamento mercantil; (13) a arrendadora libera o veículo e o arrendatário toma posse, passando a utilizá-lo pelo prazo contratual; e, (14) ao final do contrato, o arrendatário deverá optar por uma das seguintes alternativas: (a) exercer a opção de compra do bem, caso em que a empresa de *leasing* emitirá recibo de venda e endossará o certificado de registro do veículo; (b) devolver o veículo, hipótese em que a empresa de *leasing* receberá em devolução o veículo, que ficará na sede para sua alienação a terceiro; ou (c) renovar o contrato, situação em que a empresa de *leasing* procederá à confecção de novo instrumento contratual.<sup>14</sup>

---

14. ÁVILA, Humberto. Parecer. Imposto sobre a Prestação de Serviços de Qualquer Nature-

É exatamente assim que a operação se procede. Primeiramente, inclusive para possibilitar a realização de operações de arrendamento mercantil, a arrendadora, por meio de seu estabelecimento prestador (geralmente sua sede), capta recursos de formas diversas para constituição de um fundo destinado a tais operações.

Assim, quando uma pessoa física ou jurídica dirige-se a uma concessionária de veículos a fim de adquirir um determinado produto e opta por fazê-lo mediante arrendamento mercantil contratado à arrendadora<sup>15</sup>, estará apta a prestar tal modalidade de empréstimo/financiamento.

Uma vez manifesta intenção de contratar um arrendamento mercantil à arrendadora, deve o interessado preencher uma ficha cadastral, em que restarão indicados, além do veículo pretendido e respectivo valor, os dados pessoais do interessado.

A ficha cadastral é, então, remetida para análise pela empresa de arrendamento em seu estabelecimento.

Nesse local, os funcionários da arrendadora procederão a uma pesquisa da situação financeira e patrimonial do proponente a fim de verificar sua aptidão à contratação do arrendamento, incluindo a verificação de restrições de crédito, referências bancárias, dados patrimoniais, etc.

Finalizado o processo de avaliação instaurado e desenvolvido por seus empregados (aprovação ou não), o resultado é por eles encaminhado (via fac-símile) à concessionária de veículos.

Se aprovado o cadastro, inicia-se a elaboração do contrato de arrendamento mercantil a ser firmado, agora pelo departamento jurídico também instalado no estabelecimento da empresa.

Para tanto, a concessionária encaminha para a empresa de arrendamento os documentos pessoais do arrendatário e do veículo por ele escolhido, os quais são, nesse município, conferidos e cadastrados.

---

za - ISS. Normas Constitucionais Aplicáveis. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Hipótese de Incidência, Base de Cálculo e Local da Prestação. Leasing Financeiro: Análise da Incidência. *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 122. São Paulo: Dialética, p. 124.

15. Em regra, podem optar por dois sistemas de financiamento: crédito direto ao consumidor (CDC) ou arrendamento mercantil (*leasing*). Por vezes, o *leasing* se apresenta como a opção mais barata e vantajosa.

O contrato, devidamente assinado pelo representante legal da arrendadora no estabelecimento prestador é, então, remetido à concessionária, para colheita da assinatura do arrendatário, que fica com uma via do instrumento. A outra, juntamente com o dossiê do caso (documentos referentes ao veículo e ao arrendatário), é arquivada no estabelecimento da arrendadora.

Os recursos, administrados pelo estabelecimento prestador, são, por sua vez, liberados e o veículo é entregue ao arrendatário, para que dele usufrua em qualquer local.

Os boletos para pagamento gradativo do arrendatário também são emitidos no estabelecimento da arrendadora e de lá remetidos à concessionária para entrega ao arrendatário.

Em caso de inadimplimento do arrendatário, é o corpo de profissionais também instalado no estabelecimento prestador que realizará a respectiva cobrança.

Ao final do contrato, a opção apresentada pelo arrendatário (compra, devolução ou renovação) é operacionalizada naquele local pelos funcionários da arrendadora.

Observa-se, assim, que, tanto qualitativa como quantitativamente, a atividade de *leasing* financeiro é desempenhada (exercida) no município em que localizado o estabelecimento prestador.

Conforme asseverado por Humberto Ávila emparecer sobre a matéria,

[...] qualitativamente, porque os atos principais, assim entendidos aqueles que viabilizam o arrendamento mercantil, são praticados na sede: a formação do fundo, a análise do crédito, a elaboração do contrato e a liberação do veículo são feitos na sede. É na sede que é concretizado o arrendamento mercantil. Os atos, praticados fora do local da sede, são meros atos de conclusão de algo concebido no local da sede da arrendadora: preenchimento da ficha cadastral pelo interessado, envio de documentos e assinatura e remessa do instrumento contratual. Todos esses atos, embora praticados fora do local da sede da arrendadora, são atos de mera confirmação da atividade desenvolvida pelo estabelecimento prestador. Cada um deles consubstancia uma atividade-meio para a concretização do arrendamento mercantil, sem autonomia própria, não podendo, como já analisado, sofrer a tributação municipal, como já de-

ciduiu o Supremo Tribunal Federal, quando deliberou que as atividades bancárias de custódia de títulos e elaboração de cadastro, sem autonomia frente às operações financeiras, “*não suscitam o imposto municipal sobre serviços*”<sup>16</sup> (grifos no original)

Quantitativamente, das 14 etapas mencionadas, apenas três (a segunda, a sétima e a nona) são realizadas fora do local da sede da arrendadora. As demais são realizadas na sede da arrendadora. A captação de recursos financeiros, o exame e a aprovação da ficha cadastral, a análise do crédito, a proposta das condições contratuais, a aprovação do crédito, a formalização do contrato, a conferência e o cadastro dos documentos, a remessa e devolução do instrumento contratual, a guarda e arquivamento dos documentos, o pagamento do veículo, a emissão do carne de pagamento e a autorização de liberação do veículo são realizados na sede da arrendadora.

Ora, além de inexistir, no município em localizada a concessionária de veículos ou em que residente o arrendatário, sequer um estabelecimento da arrendadora, independentemente da qualificação que a ele se ofereça (sede, filial, sucursal etc.), tem-se por evidente que a mera aquisição de veículo perante concessionária ou o endereço do adquirente são irrelevantes à ocorrência da operação de *leasing*. Enquanto o último não apresenta nenhuma relação com a operação, inclusive porque o veículo pode ser utilizado pelo comprador em qualquer local, aquele nada mais representa que uma atividade acessória à contratada pelo arrendatário, que não configura atividade constitutiva do fato gerador nem, por conseguinte, prestação de serviço, mas simples atividade-meio necessária ao financiamento (fim).

Isso se torna ainda mais evidente quando se trata de arrendamento mercantil financeiro, em que não existe a intenção da arrendadora em ficar com o bem arrendado, adquirido simplesmente por solicitação do arrendatário.

Não é o município em que instalada a concessionária de veículos ou em que residente o arrendatário o local do estabelecimento prestador dos serviços, nem, muito menos, o local em que

---

16. STF. RE nº 97804. Segunda Turma: Rei. Min. Décio Miranda. DJ 31.8.1984.

a operação de arrendamento foi prestada (no caso, no local do estabelecimento prestador). Trata-se, repita-se, tão somente do local em que adquiridos, pela arrendadora, os veículos arrendados, *que, inclusive, podem estar sendo utilizados em qualquer Município do país, quicá fora dele*.

Ora, se não há qualquer estabelecimento da arrendadora nesse município nem nele foram realizadas as operações principais do arrendamento, não há que se cogitar de serviço por ele tributado.

Assim, inclusive, ensina Aires F. Barreto<sup>17</sup>, ao afirmar a irrelevância do local em que concretizadas as etapas dessa natureza, a exemplo da captação da clientela e, analogamente, da aquisição do veículo arrendado. Observe-se:

O local onde estabelecido o usuário do serviço também não tem nenhum relevo, para discernir o local da prestação, do mesmo modo que não se pode tomar, como critério de discernimento, o lugar onde são exercidas algumas atividades que podem ser úteis ou importantes para a prestação de serviços, mas que, por si sós, não a consumam.

[...]

Será absurdo pretender que algum ISS é devido a certo Município pela mera circunstância de nele estar localizado o adquirente (titular) de cartão. Para não alongar a análise, basta considerar que o titular do cartão pode não o utilizar nunca no Município em que domiciliado ou estabelecido e nem mesmo no país.

[...]

Veja-se também o que ocorre com os serviço de advocacia. Não é incomum que o advogado, estabelecido no Município “A”, deva ingressar com petição, no Município “B”, relativa ao cliente domiciliado ou estabelecido no Município “C”.

Não temos dúvidas em afirmar que, nesse caso, o ISS é devido ao Município “A”, porque é ali que o serviço é prestado, independentemente de onde estiver o fórum ou o tribunal, em que se protocolou a petição ou o domicílio ou estabelecimento do tomador.

Similarmente, cogite-se de arquiteto que desenvolve complexo e demorado projeto, em seu escritório, no Município “A”, mas deve entregá-lo

---

17. BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 267-270.

no protocolo do Município “B”, onde se realiza a licitação para escolha da melhor concepção arquitetônica (considerando preço e funcionalidade). Parece ser descabido afirmar que o ISS é devido no Município “B”, só porque lá está o tomador dos serviços (*sic*).

[...] Com efeito, é o que se desprende de julgado em que se afirma que o ISS “é sempre devido ao Município do local de sua prestação, desde que realizado por estabelecimento aí mantido”.<sup>18</sup>

No mesmo sentido, atente-se para o teor dos seguintes julgados que têm por objeto atividade análoga, a administração de consórcios<sup>19</sup>:

TRIBUTÁRIO. ISS. ADMINISTRAÇÃO DE CONSORCIOS. O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS E EXIGÍVEL NO MUNICÍPIO EM QUE A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS ADMINISTRA O CONSORCIO, NADA IMPORTANDO QUE CAPTE A CLIENTELA EM OUTROS MUNICÍPIOS.[...] <sup>20</sup>  
ISS - Administração de Consórcios - Local do Estabelecimento Prestador - Competência.

Já se vê que em Lins estão as sedes das recorridas, consoante documentos adjuntados à inaugural, verificando-se que as filiais existentes tão apenas angariam consorciados. Entanto, o serviço mesmo (controle dos contratos obtidos, cadastramento dos consorciados, acompanhamento dos grupos, emissão dos carnês de pagamento, contabilização dos créditos em conta-corrente dos interessados, sorteio geral e entrega do bem consorciado, encerramento de grupos) é efetuado em Lins, de consonância com os documentos adicionados à prodrômica. A essencialidade do serviço, aquele desenvolver de atividades que culminam com a entrega do bem em apreço, é toda ela realizada no Município sobredito, consoante ora analisado, tocando às filiais tão apenas servirem de ponto

18. Cf. Ap. Cíveis 230.895, 231.935, 245.477 e 273.166, in BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p.270.

19. Em ambos, embora o contratante possa residir e/ou utilizar o veículo em qualquer município do território nacional, o contrato é cadastrado, processado e contabilizado, enfim, administrado na sede do estabelecimento da empresa de arrendamento mercantil.

20. STJ. REsp 11942/SP. Segunda Turma: Rei. Min. Ari Pargendler. DJ 11.12.1995, p. 43197.

de contato com os possíveis adeptos, não lhes assistindo nenhuma autonomia, já que submetem à matriz todas as atividades desenvolvidas. Portanto, verificando-se que o estabelecimento localiza-se em Lins, via de conseqüência tem-se que o recolhimento do ISS deve ser ali efetuado, descabendo provimento ao recurso da Municipalidade de São José dos Campos, via de conseqüência.<sup>21</sup>

Ante todo o exposto, tem-se por inequívoco que a singela circunstância de o veículo arrendado haver sido adquirido junto à concessionária localizada no Município A não tem o condão de transferir-lhe, do Município B (onde localizado o estabelecimento prestador), o local da ocorrência de eventual fato gerador (operação do *leasing*). Naquele inexistente qualquer estabelecimento ou preposto da arrendadora e não é realizada qualquer atividade caracterizadora da operação de *leasing*.

Pretendem, pois, os municípios mencionados no caso gerador, em última análise, usurpando competência do município em que instalado o estabelecimento prestador, cobrar ISS sobre as operações realizadas além de seu território.

Assim, tais entidades de direito público interno afiguram-se incompetentes para exigência do ISS supostamente incidente sobre tais operações.

### 2.3. A base de cálculo

Com fundamento em suposta omissão de informações das arrendadoras, os municípios findam por fixar a base de cálculo do ISS reputado devido mediante arbitramento correspondente à importância de 140% a 200% do valor do veículo arrendado.

Embora não se pretenda ingressar na controvérsia acerca da possibilidade de arbitramento, que certamente dependerá de uma análise ainda mais casuística, tem-se que, ainda que seja admitido, não pode ser realizado nos moldes verificados, pois deve representar o valor do *serviço* prestado, circunstância não observada no caso.

---

21. AC. un. da 5ª C, do 1º TACSP - AC 481.596-7. Rei. Juiz Carlos Luiz Bianco - j. 2.2.94.

Ora, tanto o artigo 9º do Decreto-Lei nº 406/68 como o artigo 7º da Lei Complementar nº 116/03 consagram o preço do serviço como base de cálculo do ISS. Este, por sua vez, conforme maciça construção doutrinária, corresponde ao montante pago a título de remuneração pela conduta humana praticada em benefício de outrem.

Ocorre que o valor do *leasing* não se confunde, nem o poderia, com o valor do financiamento, do aluguel ou do veículo, seja porque tais importâncias não correspondem ao valor do *serviço*, seja porque não se trata de imposto incidente sobre operação financeira, renda ou venda de mercadorias, de competência de outros entes federados.

Se há alguma obrigação de fazer a ser tributada, deve ter por referência os esforços humanos despendidos para a concessão do arrendamento, a saber, com o exame e aprovação da ficha cadastral, análise do crédito, elaboração e formalização de contrato, conferência, cadastro e arquivamento de dados, emissão de boleto etc., e não o valor do veículo, do aluguel ou do financiamento (obrigação *de dar dinheiro*).

O esforço humano das arrendadoras em favor do arrendatário independe do valor do veículo, do aluguel ou do financiamento. Exigir o tributo com base em tais aspectos seria absurdo semelhante a exigir taxa judiciária com base no valor da causa, hipótese há muito rechaçada pelo STF<sup>22</sup> dada sua tamanha irrazoabilidade.

Outrossim, deve-se ter em mente que o conceito de preço de serviços não compreende toda e qualquer entrada de caixa que venha a ser realizada durante a operação. Como bem expõe Eduardo Botallo<sup>23</sup>, para saber o que comporá a base de cálculo do ISS, deve-se distinguir entre entrada e receita. A entrada é todo o dinheiro que ingressa nos cofres de determinada entidade e receita é a entrada que passa a pertencer à entidade, que incrementa seu patrimônio. Assim, não devem sequer servir de base ao dimensionamento da base de cálculo do *leasing* os valores do automóvel e do financiamento (total).

22. Representação nº 1.077, Tribunal Pleno, Rei. Min. Moreira Alves, DJ 28.09.1984.

23. BOTALLO, Eduardo. ISS - Problemas Atuais. *Revista de Direito Tributário*, v. 71. São Paulo: Malheiros, 1998. pp. 38 e ss.

Devem os municípios, portanto, por meio de sua autoridade fiscal, quando do arbitramento, levar em consideração o valor da contraprestação pelos *serviços* efetivamente prestados aos arrendatários durante a vigência do contrato, *excluindo do valor arbitrado ao menos o passado pela arrendadora à concessionária para fins de aquisição do veículo arrendado.*

### 3. A incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil e o STF

Apresentada, ainda que perfunctoriamente, a discussão geral sobre a sistemática de recolhimento do ISS sobre o *leasing*, cumpre formular, com base no pretérito posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, as perspectivas de julgamento de tal Corte sobre a matéria constitucional, pois será ela que, definitivamente, decidirá sobre a possibilidade de incidência do ISS sobre o *leasing* financeiro.

Embora os casos adiante analisados antecedam a Constituição de 1988, a criação do Superior Tribunal de Justiça e a inserção expressa do arrendamento mercantil na lista de serviços e tenham sido enfrentados por ministros que não mais compõem os quadros do STF, a análise não apresenta importância apenas histórica, mas fornece elementos que permitem a dedução do deslinde da questão, mormente por se tratar de um Tribunal que, salvo raras exceções, tem por praxe respeitar suas decisões pretéritas.

Conforme já informado, os antigos membros da Suprema Corte dividiam-se em duas principais correntes. Havia os que reconheciam a incidência do ISS sobre o *leasing*, por entenderem que este se encontrava contemplado pela hipótese da *locação de bens móveis*, e os que afastavam sua incidência, por encontrarem no financiamento (e não na locação) o aspecto preponderante de tal contrato típico.

Vejamos os reflexos de tais posicionamentos.

#### 3.1. O arrendamento mercantil como locação de bens móveis

Indica-se como julgado paradigma de tal posicionamento o Recurso Extraordinário nº 106047/SP, relatado pelo Min. Rafael

Mayer e enfrentado pela Primeira Turma em 19.11.1985. Observe-se o teor de sua ementa:

ISS. Arrendamento mercantil de coisas móveis (leasing). Incidência do imposto sobre serviços. Subsunção no item 52 da lista de serviços. Razoável o entendimento de que a prestação habitual, pela empresa, de serviço consubstanciado no arrendamento mercantil (leasing) de bens móveis, esta sujeita ao iss, em correspondência a categoria prevista no item 52 da lista. Recurso extraordinário não conhecido.

Invocando o critério da preponderância da atividade desenvolvida pela empresa, os Ministros Rafael Mayer, Octavio Gallotti e Sydnei Sanches concluíram que tal atividade encontrar-se-ia no delineamento do fato imponible *locação de bens móveis* e, portanto, deveria sofrer a incidência do ISS.

Observe-se o teor do seguinte trecho do voto condutor:

Admitindo que o arrendamento mercantil tem constituição complexa, integrada simultaneamente pelos elementos da locação de bens e da opção de aquisição dos bens locados, o venerando acórdão recorrido, endossando a doutrina da sentença de primeiro grau, invoca o critério da preponderância da atividade desenvolvida pela empresa prestadora de serviço para o efeito de incidência tributária e de subsunção no item 52 da Lista pos ‘certo é o elemento factual do arrendamento e incerto o evento da aquisição ‘ (fls.)

[...]

Certamente, o arrendamento mercantil (*leasing*) cujo tratamento tributário é regulado na Lei 6099/74, e para esse efeito vem aí definido, tem aspectos complexos e um sentido econômico peculiar. Conceituado no parág. único do art. 1º do diploma legal, como ‘a operação realizada entre pessoas jurídicas que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária’, ela envolve, de um lado, uma operação de financiamento da aquisição da mercadoria pela arrendadora e, de outro lado, a opção de compra pelo arrendatário, ao término do arrendamento, se não o renovar ou apenas devolução do bem, mas o fundamental, a constituir como que o núcleo e razão da atividade está no arrendamento.

Esse arrendamento de bens [...] é que constitui a substância da prestação do serviço a que se propõe a empresa, e pela qual a sua atividade se torna específica e significativa do ponto de vista fiscal.

Não há, portanto, emprego de analogia criadora de tributo à revelia do art. 108, § 1º do CTN, mas a apreensão da realidade de um serviço prestado habitualmente cuja conotação essencial, própria do arrendamento mercantil de móveis, encontra correspondência na categoria do serviço prevista no item 52, a saber, a locação de coisas móveis.

Evidente, pois, que o julgamento tem por premissa a afirmação de que o arrendamento mercantil seria, essencialmente, uma locação de bens móveis.

Ocorre que, anos após, quando já apresentava parcialmente a atual composição, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão *locação de bens móveis* da lista de serviços a que se refere o Decreto-Lei nº 406/68, na redação conferida pela Lei Complementar nº 56/87.

Trata-se do Recurso Extraordinário nº 116.121-3/SP, relatado pelo Min. Octávio Gallotti, cuja ementa segue transcrita:

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

**0 Min. Marco Aurélio, em seu voto, ressaltou:**

Em face do texto da Constituição Federal e da legislação complementar de regência, não tenho como assentar a incidência do tributo, porque falta o núcleo dessa incidência, que são os serviços. Observem-se os institutos em vigor tal como se contém na legislação de regência.

[...]

Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento. Prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável, prevalece, prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte; prevalece, alfm, a organicidade do próprio direito, sem a qual tudo será possível no agasalho de interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários.

No mesmo sentido, Celso de Mello:

Tenho para mim, na mesma linha de entendimento exposta por AIRES FERNANDINO BARRETO ("Revista de Direito Tributário", vol. 38/192) e por CLÉBER GLARDINO ("Revista de Direito Tributário", vol. 38/196), que a qualificação da 'locação de bens móveis', como serviço, para efeito de tributação municipal mediante incidência do ISS, nada mais significa do que a *inadmissível e arbitrária manipulação*, por lei complementar, da repartição constitucional de competências impositivas, *eis que o ISS somente pode incidir sobre obrigações de fazer*, a cuja matriz conceitual não se ajusta a figura contratual da locação de bens móveis.

[..J

O fato irrecusável é um só: a Constituição, quando atribui competência impositiva ao Município para tributar serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência das outras pessoas políticas, exige que só se alcancem, mediante incidência do ISS, os atos e fatos que se possam qualificar, juridicamente, como serviços.

Cumpr assinalar, por necessário, especialmente em face das considerações expostas, que a legislação tributária, emanada de qualquer das pessoas políticas, não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias, (grifos nossos)

Ora, se o Supremo Tribunal Federal entende, que o arrendamento mercantil encontra-se englobado pela locação de bens móveis, pois tal seria o seu elemento preponderante (premissa menor), e que a locação de bens móveis não se sujeita à incidência de ISS,

pois não configura serviço (premissa maior), tem-se por inexorável a conclusão de que sobre o arrendamento mercantil também tal tributo não pode incidir, por igual ausência de configuração do fato impositivo (prestação de serviços).

### 3.2. O arrendamento mercantil como operação financeira

Já por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 106.047/SP, indicado como paradigma para o entendimento do *leasing* como locação de bens móveis, o Ministro Oscar Corrêa ressaltou, em seu voto vencido, que “o traço fundamental do *leasing* é o *financiamento*, sem o qual não se completa e integra a *operação financeira* em que importa. Enquanto arrendador e arrendatário estão à frente à frente, mas não opera o *financiamento*, não há falar em *leasing*. Pode haver locação de bens, compra e venda, só o financiamento leva ao ‘leasing’”. (grifos nossos)

Posteriormente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº.107.869-3/SP, cujo julgamento final veio a converter o recurso em especial, a maioria dos ministros que proferiram votos em relação ao mérito concluiu tratar-se o *leasing* de operação financeira.

O Ministro Célio Borja registrou:

Note-se, ainda, que a referida lei brasileira não só disciplina o negócio jurídico como típico que quer submeter ao tratamento tributário nela previsto mas qualifica, como compra e venda a prestação, o contrato de arrendamento de bens que com ela esteja em desacordo (art. 11, § 1º), não deixando margem ao intérprete, quanto à alternativa classificação do fenômeno. Daí poder-se afirmar que o negócio jurídico que atende aos requisitos da Lei nº 6.099/74 não é compra e venda, nem locação de coisas, nem mútuo de dinheiro, mas uma modalidade de operação financeira *sui generis*.

E acrescenta:

Se a lei federal competente (Lei nº 6.099/74), cristalinamente, submete o tratamento tributário do arrendamento mercantil às suas próprias disposições, define-o como operação financeira e dá-lhe autonomia conceitu-

ai em face da locação, da compra e venda e dos mais institutos de direito privado, nenhum legislador tributário, nenhum intérprete, mesmo o da União, pode tornar equívocos os conceitos jurídicos que a lei complementar quer unívocos.

Por fim, conclui em aditamento ao seu voto, “entendo que o *leasing* é operação financeira, não poderia ser incluído na lista do ISS, pela simples razão de que não é serviço.” (grifo nosso)

Ou seja, também se considerado o arrendamento mercantil como operação financeira, certamente restará afastada, pelo STF, a incidência do ISS.

#### 4. Conclusão

Ante todo o exposto, apresentam-se as seguintes conclusões:

- a) o *leasing* financeiro não é serviço, pois não tem por caráter essencial uma obrigação de fazer;
- b) ainda que o *leasing* financeiro fosse considerado serviço, o município competente para exigí-lo seria o do local do estabelecimento prestador, e não aquele em que localizada a concessionária de veículos que vendeu o carro arrendado ou em que residente o arrendatário;
- c) a base de cálculo que vem sendo arbitrada pelos municípios não leva em consideração o preço do serviço, uma vez que engloba valores relativos a operações acessórias;
- d) o poder judiciário não tem posição sedimentada sobre o assunto; e
- e) embora o tema, sob a perspectiva levantada, seja inédito para o Supremo Tribunal Federal, se mantida a coerência com seus julgados anteriores, será afastada a tributação do *leasing* pelo ISS.

Destarte, os municípios e o poder judiciário devem ter cautela quando o tema for o levantamento e a utilização, pelos primeiros, dos recursos depositados pelas empresas de arrendamento mercantil em discussões judiciais. Aqueles porque poderão

estar contraindo um grande passivo e este porque pode estar a determinar medidas irreversíveis, pois, uma vez utilizados os recursos e ainda que formado o fundo de reserva exigido por lei, os municípios dificilmente terão como *devolvê-los* às arrendadoras.

## 5. Referências bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. Parecer. Imposto sobre a Prestação de Serviços de Qualquer Natureza - ISS. Normas Constitucionais Aplicáveis. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Hipótese de Incidência, Base de Cálculo e Local da Prestação. Leasing Financeiro: Análise da Incidência. *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 122. São Paulo: Dialética, nov/2005.
- BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003.
- BOTALLO, Eduardo. ISS - Problemas Atuais. *Revista de Direito Tributário*, v. 71. São Paulo: Malheiros. 1998.
- FRANCO, João Melo; MARTINS, Herlander Antunes. *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*. Coimbra: Almedina, 1988.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. ISS e Operações de Leasing. *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 139. São Paulo: Dialética, abr/2007.
- MELO, José Eduardo Soares. *ISS - Aspectos Teóricos e Práticos*, 4ª ed. rev.. São Paulo: Dialética, 2005.
- TÓRRES, Heleno Taveira. *ISS na Lei Complementar 116/2003 e na Constituição*. Barueri: Manole, 2004.