

**Embargos de Divergência em
Recurso Especial nº 836-0/SP (90.0013859-0)**

RELATOR: O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO
EMBARGANTE: CREFILEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL
EMBARGADO: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO
ADVOGADOS: HAMILTON DIAS DE SOUZA E OUTROS
CARLOS ROBICHEZ PENNA E OUTRO

Ementa

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS). LEASING. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. PRECEDENTES DO STF E DESTES STJ.

Consoante jurisprudência predominante do egrégio Supremo Tribunal Federal e desta egrégia Corte, a prestação habitual de serviços de "leasing" por empresa, está sujeita ao ISS (subsunção no item 52 da Lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68).

Embargos rejeitados. Decisão por maioria.

Acórdão

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro José de Jesus, a Seção, por maioria, rejeitou os embargos; vencidos os Srs. Ministros AMÉRICO LUZ e ANTONIO DE PÁDUA RIBEIRO (votos anteriores proferidos na presidência do Ministro PEDRO ACIOLI). Os Srs. Ministros HUMBERTO GOMES DE BARROS, JOSÉ DE JESUS (voto-vista), GARCIA VIEIRA, HÉLIO MOSIMANN e PEÇANHA MARTINS votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros MILTON LUIZ PEREIRA e CESAR ASFOR ROCHA. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 7 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ

Presidente

Ministro DEMÓCRITO REINALDO

Relator

Relatório

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): A empresa CREFILEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL propôs ação declaratória contra o Município de São Paulo - SP, visando obter o reconhecimento de não incidência tributária do ISS sobre operações dos ramos das suas atividades: arrendamento de bens móveis, através dos contratos denominados de **leasing**.

Julgada procedente a ação, (fls. 235/241), a Municipalidade apelou e obteve da 5ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil provimento do recurso, com a reforma da sentença de primeira instância (fls. 288/294).

Interpostos embargos infringentes pela empresa, foram estes rejeitados (fls. 323/325), seguindo-se a interposição do apelo extremo, com o recurso extraordinário admitido (fls. 362/365) e posteriormente desdobrado em recurso especial, remetido a esta Corte para decisão da matéria infraconstitucional (fls. 202).

Apreciado o recurso especial foi negado provimento, por unanimidade, na forma de voto proferido pelo Ministro PEDRO ACIOLI, de cuja decisão encontra-se o acórdão assim ementado

"TRIBUTÁRIO. ISS. LEASING."

I - O ISS tem incidência nas operações de arredamento mercantil - **LEASING** - na forma dos precedentes deste Tribunal.

II - Recurso a que se nega provimento."

Inconformada com esta decisão, a recorrente traz à colação julgados mais recentes da 2ª Turma deste Tribunal, para suscitar a divergência objeto dos presentes embargos, destacando a ementa do acórdão, em cujo julgado foi relator o Ministro HÉLIO MOSIMANN, no REsp nº 322-SP:

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. CONTRATO DE LEASING OU ARRENDAMENTO MERCANTIL. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

O **leasing** ou arrendamento mercantil é contrato típico, de características próprias, embora adotando peculiaridades de outras avenças.

Não podendo ser incluído na categoria de contrato locatício de bens móveis, na operação **leasing** não incide sobre serviços.

Recurso especial conhecido e provido.”

(fls. 233)

Admitidos os embargos, para discussão, ante a evidência da divergência indicada (fls. 245).

É o relatório.

Voto Preliminar

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): A matéria objeto do dissídio suscitado nos presentes embargos de divergência, essencialmente polêmica na doutrina e na jurisprudência, já mereceu estudos aprofundados do Egrégio Supremo Tribunal Federal, assim como das Colendas 1ª e 2ª Turmas deste Tribunal.

A discussão gira, fundamentalmente, em torno da natureza jurídica dos contratos que envolvem operações de arrendamento mercantil de coisas móveis, sob a forma de **leasing**, buscando-se saber se o denominado Imposto Sobre Serviço (ISS) incide sobre tais negócios jurídicos. A verdade, entretanto, é que tanto no Pretório Excelso, quanto neste Tribunal, as dúvidas sobre os principais aspectos jurídicos da controvérsia foram examinadas com percuciência, resultando dos respectivos julgados votos que demonstraram, por parte dos Eminentes Ministros que os proferiram, grande conhecimento da questão discutida.

Entre Turmas desta Colenda 1ª Seção é que se configura a divergência: de um lado, a 1ª Turma, com respaldo em votos proferidos pelos eminentes Relatores Ministros GARCIA VIEIRA (Resp. nº 249-RS), CARLOS MÁRIO VELLOSO (Resp. nº 61-SP) e ARMANDO ROLEMBERG (Resps. nºs 628-SP e 673-SP), PEDRO ACIOLI (Resps. nºs 804-SP e 836-SP) e GERALDO SOBRAL (Resp. nº 2732-SP), tem decidido, por unanimidade, seguindo a jurisprudência do STF, no sentido de que o ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis - **leasing**; do outro, a 2ª Turma, também unânime, acompanhando o voto do Eminente Ministro HÉLIO MOSIMANN (Resp. nº 322-SP), ao reconhecer

que na operação de **leasing** não incide o ISS, por isso que se trata de contrato típico, de características próprias, embora com peculiaridades de outras avenças, mas não incluído na categoria de contrato locatício de bens móveis.

Por reconhecer que se configura a divergência, PRELIMINARMENTE, conheço do recurso.

Voto - Mérito

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): Com efeito, depois de fazer acurado estudo sobre os principais fundamentos apresentados nas decisões que se configuram como divergentes, não tenho dúvidas em me inclinar para aceitação do posicionamento adotado, por reiteradas vezes, pela Colenda 1ª Turma. E o faço, com convencimento formado diante da jurisprudência do Pretório Excelso, da qual tem sido destacada, em diversos julgados desta Corte, entre outras, a decisão no Recurso Extraordinário, cuja ementa do acórdão é a seguinte:

"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, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista.

Recurso extraordinário não conhecido." (Proc. 106.047-2-SP. 1ª Turma do STF).

Na motivação do seu voto, o Eminentíssimo Relator, Ministro RAFAEL MAYER, assim se manifestou:

"Trata-se como se vê, de controvérsia sobre a legitimidade em face da preceituação — referida, da incidência do ISS sobre a realização, pela empresa, de arrendamento mercantil de bens móveis **leasing**, previsto expressamente na legislação local como fato gerador do imposto, em face da conceituação — que se tem no número 52 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, referente à locação de bens móveis.

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 pois "certo é o elemento factual do arrendamento e incerto o evento da aquisição" (fls...).

Ora, o entendimento é decerto razoável.

Improcede, com efeito, a censura que se lhe faz ao argumento de que, na doutrina dominante e na jurisprudência pacífica desta Corte, a lista de serviços tributáveis é taxativa, não havendo como acrescentar-lhe categoria nela não prevista. Pois, ao ser taxativa a lista, não inibe que se dê às categorias o sentido amplo e compreensivo, de modo que o Município possa exercer plenamente a competência que lhe é deferida, no delineamento do que seja o fato imponible. Assim mesmo é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se vê do acórdão no RE nº 91.737, da Egrégia Segunda Turma aliás, invocado pela Recorrente em seu pro, onde ao mesmo tempo que se reconhece a propensão da jurisprudência do Supremo Tribunal pelo caráter taxativo da lista, admite-se que a prestação de serviço de segurança e vigilância encontra correspondência no item 16 da lista (RTJ 97/361).

Certamente, o arrendamento mercantil **leasing** cujo tratamento tributário é regulado na Lei nº 6.099/74, e para esse efeito vem aí definido, tem aspectos complexos e um sentido econômico peculiar. Conceituado no parágrafo 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 no núcleo e razão da atividade, está no arrendamento.

Esse arrendamento de bens, mediante contratos pertinentes, em que a sua configuração é essencial, quanto ao prazo, quanto ao uso da coisa locada e quanto à retribuição, obviamente eventual a verificação da cláusula optativa, é que constitui a substância da prestação do serviço a que se propõe a empresa, 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.

Resta acentuar que o aspecto aqui salientado tem ponderável acolhida na doutrina, como dentre outros vem preferido por ALIOMAR BALEEIRO (Dir. Trib. Bras., 10ª ed., pág. 292): a incidência tributária está prevista na legislação dos mais importantes municípios brasileiros e tem o beneplácito da Jurisprudência predonderante dos tribunais estaduais.

Por isso há razão de invocar-se a Súmula nº 400.

Não conheço, portanto, do recurso.”

Na mesma linha de entendimento tem se firmado a Colenda 1ª Turma desta Corte, nos precedentes dos Recursos Especiais já citados, dos quais podem ser mencionados, em prol da tese então defendida, acórdãos e trechos bem fundamentados dos respectivos votos dos Eminentes Ministros Relatores:

“TRIBUTÁRIO. ISS. LEASING.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prestação habitual de serviço de **leasing** por empresa, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista de Serviços. Recurso especial conhecido com base na letra c, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, e provido.”

"ISS, ARRENDAMENTO MERCANTIL. INCIDÊNCIA

A realidade do arrendamento, sua repercussão econômica, a contraprestação pelo serviço prestado (seu conteúdo fático), constitui o fato gerador do imposto de competência dos municípios sobre serviços de qualquer natureza (art. 8º do Decreto-lei 406/68). Demonstrada a divergência e afastada a negativa de vigência ao Decreto-lei 406/68.

Recurso conhecido e improvido".

"TRIBUTÁRIO. ISS. LEASING.

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza-ISS, tem incidência nas operações de Arrendamento Mercantil - **leasing**). Precedentes.

Recurso provido."

"TRIBUTÁRIO. LEASING. INCIDÊNCIA DO ISS.

A jurisprudência desta colenda Corte é pacífica no sentido de que o ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis ou **leasing**.

Recurso conhecido e provido."

"TRIBUTÁRIO. ISS. LEASING.

O ISS tem incidência nas operações de arrendamento mercantil - **LEASING** —, na forma dos precedentes deste tribunal.

Recurso a que se nega provimento."

"TRIBUTÁRIO. ISS. LEASING.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prestação habitual de serviço de **leasing** por empresa, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista de Serviço. Recurso especial conhecido com base na letra a, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, é provida para reformar a sentença".

"TRIBUTÁRIO. ISS. LEASING. INCIDÊNCIA DO ISS. LISTA DE SERVIÇOS, ITEM 52.

O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis **leasing**. Subsunção no item 52 da Lista de Serviços.

Recurso Especial conhecido e provido."

O Ministro GARCIA VIEIRA, na fundamentação do seu voto, como Relator do REsp. nº 249-RS:

"Como se vê, a decisão recorrida se amolda ao entendimento da Corte Maior e não negou vigência a nenhum dos dispositivos da legislação infraconstitucional, apontados pelo recorrente. Não houve emprego da analogia para a exigência de tributo não previsto em lei (art. 100 do CTN) mas, conforme bem acentuou o Eminentíssimo Ministro RAFAEL MAYER "... 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".

Também, no caso, a lei tributária não alterou a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado ... para definir ou limitar competências tributárias (art. 110 do CTN).

Do mesmo modo, o Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, depois de fazer detalhado estudo sobre a natureza jurídica do **leasing**, afirma que a doutrina, ao que parece, caminha no sentido de caracterizar este contrato "como espécie de locação, não uma locação comum, porque nele está presente, posto que de forma incerta, a opção futura de compra dos bens locados pelo arrendatário". E arremata:

"Sendo assim, certo que predomina no **leasing** a locação, razoável o entendimento de sujeitar-se essa operação ao ISS, presente o item 52 da Lista" (REsp nº 61-SP)".

Diante dos argumentos apresentados pelas duas correntes do dissídio configurado, convenço-me de que, embora não correspondendo rigorosamente à figura clássica da locação, é o **leasing**, como modalidade do arrendamento mercantil, contrato que se caracteriza predominantemente pela locação de bens

móveis, estando sujeito à incidência do ISS, quando ocorra a circunstância da prestação habitual de serviço da espécie. Daí porque não vejo razões para mudar o entendimento que vem sendo adotado pela Colenda 1ª Turma deste Tribunal, na esteira da jurisprudência da mais Alta Corte. Conhecido que foi o recurso, sou pela manutenção desta diretriz jurisprudencial.

É o meu voto, não recebendo os embargos.

Voto-Vista

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ:

Na questão ora em debate busca-se o entendimento da Corte quanto à incidência ou não do ISS nos contratos de **leasing** ou arrendamento mercantil, ante os precedentes deste Egrégio Tribunal a configurar decisões divergentes entre suas Turmas julgadoras.

Sobre a matéria, leio e faço juntar por cópia o voto-vista que proferi na 2ª Turma, no julgamento do recurso especial nº 341-SP, convencido de que o arrendamento mercantil é contrato típico, distinto da locação de bens móveis.

Por tais motivos, recebo os embargos.

Voto-Vista

EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ:

I - Em grau de apelação, o acórdão de fls. da 8ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, reformou a sentença que dera pela procedência da declaratória proposta, ao fundamento de que a operação consistente no arrendamento mercantil de coisas móveis (**leasing**) está subsumida no item 52 da lista de serviços do ISS, e, portanto, sujeita à incidência desse tributo - fls. 426/433.

Processado em face do acolhimento da arguição de relevância, o extraordinário interposto subiu ao Pretório Excelso que, nos termos da decisão de fls. 509, o converteu em especial no que concerne à matéria infraconstitucional.

Nesta Egrégia Turma, o eminente relator, Min. CARLOS VELLOSO, apoiado em precedente de sua própria lavra (REsp. nº 61-SP) decidiu não conhecer do recurso.

Na oportunidade, S. Excia proferiu o seguinte voto, verbis:

“Primeiro que tudo, esclareça-se que a lista de serviços tributáveis pelo ISS, não obstante taxativa, certo é que às categorias ali postas deve-se emprestar sentido amplo, compreensivo, por isso que a lista “pode designar gêneros dos quais o intérprete extrai as espécies”. (A. Baleeiro, “Dir. Trib. Brasileiro”, 10ª. ed., pág. 298). A interpretação extensiva da lista, ou a natureza compreensiva da lista de serviços, tem sido acolhida pela doutrina (Geraldo Ataliba. “Estudos e Pareceres de Direito Tributário”, Ed. RT. 1980, III/220) e pela jurisprudência (RE 91.737, RTJ, 97/357; RE 106.047-SP, “DJ” de 13 de dez/85; RE 104.571-PE, RTJ 113/1387).

Isto esclarecido, a questão a saber é se a locação de bens móveis, que é o serviço tributado pelo ISS no item 52 da lista, compreenderia o **leasing**, arrendamento mercantil, na linguagem da Lei 6.099, de 12.09.74, art. 1º, parág. único, ou “arredamento financeiro”, segundo Penalva Santos (“Leasing”, RF, 250/46, 57).

O **leasing** é, na verdade, um contrato complexo, por que composto de elementos integrativos e caracterizadores de vários contratos: locação, compra e venda, financiamento, mútuo.

Importa verificar, pois, no caso, o elemento factual que predomina no **leasing**, vale dizer, importa perquirir, na hipótese, se o elemento factual que predomina no arrendamento mercantil é o elemento tipificador da locação.

Esta é a questão.

Porque, se o elemento tipificador do **leasing** for aquele elemento que caracteriza a locação, é razoável o entendimento no sentido de que aquele é espécie desta.

A doutrina, ao que parece, caminha no sentido de caracterizar o **leasing** como espécie de locação, não uma locação comum, porque

nele está presente, posto que de forma incerta, a opção futura de compra dos bens locados pelo arrendatário.

Fábio K. Comparato, escrevendo sobre o tema, leciona que "... sobre o **'leasing'** não incide o imposto federal sobre operações financeiras. Sem dúvida, o **'leasing'** pode representar economicamente uma operação de financiamento na aquisição do equipamento industrial ou comercial de uma empresa. Juridicamente, porém, a operação é veiculada nos moldes de uma locação, com opção unilateral de compra..." ("Contrato de **'leasing'**", RF, 250/7, 11; RT, 389/7,13). Para Garcia Hilário, o **'leasing'** poderia ser classificado como arrendamento (RF, 250/70,75). Luiz Mèlega entende que o **'leasing'** está sujeito ao ISS, tendo em vista o item 52 da Lista, "sob o nome genérico de "Locação de Bens Móveis", instituto de que o **'leasing'** é um caso particular." ("Aspectos Fiscais do leasing", RF, 250/89,98; "O 'Leasing' e o Sistema Tributário Brasileiro", Saraiva, 1975, pág. 77). Para Tavares Paes, o **'leasing'** é forma peculiar de locação, pelo que está sujeito ao ISS ("Leasing", RT, 1977, pág. 31).

Segundo El Mokhtar Bey, o que predomina no **'leasing'** é a locação: "C'est le contracte de location qui constitue, assurement, l'instrument juridique fondamental de l'opération de leasing ou crédit bail." ("La Symbiotique dans les Leasing ou Crédit-Bail", pág.3, §1º).

Para Sampaio de Lacerda, o **'leasing'** constituiria uma operação financeira. ("O 'leasing' e a sua aplicação no campo do direito aeronáutico", RF, 250/425). Isto, entretanto, não ocorre. É que a sociedade que pratica o **'leasing'** não faz nenhum empréstimo de dinheiro. O que ocorre, na operação de **'leasing'**, é a cessão de equipamento mediante uma certa remuneração, com a opção de compra no final do contrato. Em termos econômicos, pode-se afirmar que o elemento desse contrato está presente no **'leasing'**; em termos jurídicos, entretanto, o elemento que está presente é o da locação: cessão de equipamento, do bem, mediante o pagamento de um aluguel.

Sendo assim, certo que predomina no **'leasing'** a locação, razoável é o entendimento de sujeitar-se essa operação ao ISS, presente o item 52 da Lista.

Esta é, na verdade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 108.665-SP, Relator o Ministro OSCAR CORRÊA, "DJ" de 16.05.86)."

Após a competente sustentação oral feita pelo ilustre jurista Professor Geraldo Ataliba, com o mesmo brilho e inteligência comum a tantas outras que já assistimos, confesso que dúvidas me assaltaram no trato da questão ora discutida.

Em consequência, diante da oportunidade que se me abriu, resolvi pedir vista destes autos, para rever meu entendimento sobre a matéria, trazendo-os, agora, com este voto.

II - Consabido que a controvérsia sobre a legitimidade ou não da incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil de bens móveis é assaz polêmica, tanto na doutrina como na jurisprudência de nossos Tribunais.

Com efeito. Desprezando-se as divergências doutrinárias, por sinal ricas nos argumentos que lhe dão sustentação, fico com a jurisprudencial, fundamento do conhecimento do recurso.

E aqui reside o ponto nodal da questão.

Para concluir pela tributação, entendeu o acórdão recorrido que compondose o "leasing" dos elementos de locação de bens móveis e opção por futura compra dos bens locados pelo arrendatário, certo é o elemento factual do arrendamento e incerto o evento da aquisição. Sendo, portanto, preponderante aquela atividade prestada subsume-se, assim, no Item 52 da lista respectiva.

O entendimento de que o arrendamento mercantil é equivalente à locação foi contestado pelo acórdão exarado no Reexame Necessário nº 185011384, proferido pela IV Câmara Cível do Eg. Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul. Do voto proferido pelo relator, Em. Juiz Décio Antônio Erpen, destaque (fls. 459/460):

"Difere, todavia do arrendamento, porque a prestação no "leasing" é sempre maior do valor que seria o aluguel mormente porque aquele em seu somatório final pode integrar, no futuro, o preço de uma compra.

Ademais, o montante da prestação no "leasing" é o produto de vários

ingredientes, v.g. o parcelamento do preço do objeto (seu custo), acrescido de juros compensatórios, mais a depreciação do bem, e o lucro, à guisa de venda.

O custo de manutenção do mesmo objeto do contrato, normalmente corre à conta do tomador-arrendatário, sendo que na locação é suportado pelo locador.

No tocante as benfeitoras difere o tratamento num e noutra instituto, porquanto nas locações incidem os preceitos contidos nos artigos 1199 e 516 do C.C., bem assim na atual lei do Inquilinato. No "leasing", o tratamento é diverso.

No campo processual também há nítida distinção entre ambas as figuras. No caso de inadimplência, o proprietário, em se tratando de "leasing" tem a ação de reintegração de posse, ação essa que não se harmoniza com a locação, quando a ação própria é a de despejo.

Quanto ao prazo, nas locações esse é mais breve, ao contrário do "leasing", em que são mais amplos.

Da mesma forma, a jurisprudência tem admitido que o arrendatário no "leasing" responde, isoladamente, pelos danos causados pelo objeto a terceiros, afastada a responsabilidade, ainda que remota, da empresa arrendante. O mesmo não ocorre na locação.

Por derradeiro, no "leasing", há necessariamente uma opção de compra irretirável em favor do tomador-arrendatário, pré-estabelecido o preço residual, aproveitando-se o somatório das prestações já pagas. E, o valor residual é tão ínfimo que, na prática, o contrato que se aproxima da locação no primeiro estágio, culmina em sendo um contrato de venda de bem móvel, em seu último momento.

Na locação, muito raramente se promove a cláusula de opção de compra, e quase nunca isso ocorre em forma de adesão.

Assim, nítidas distinções existem entre o "leasing", que nosso legislador rotulou impropriamente de "arrendamento mercantil" com a locação. As leis fiscais 5.099/74, com a nova redação dada pela Lei 7.132/83, mantiveram o instituto em sua plenitude, promovendo, tão

só a tradução para o vernáculo com o "nomen juris" de arrendamento mercantil, quando em seu bojo não se fizeram as aproximações para permitir a configuração de uma locação."

Sobre a hipótese, no Recurso Extraordinário nº 106.047-SP (RTJ 116/811), proferiu extenso voto, após pedido de vista, o eminente Ministro Oscar Corrêa, assim concluindo S. Excia.:

"17. Para encerrar esse levantamento — que exclui outros eminentes autores (como Orlando Gomes - "Contratos", RF, 1979, 7ª ed., pág. 570; e Orlando Gomes e Antunes Varela - "Direito Econômico", Saraiva, 1977, pág. 279 — que consideram "elemento essencial da caracterização do **leasing** a faculdade reservada ao locatário de adquirir no fim do contrato, os bens que alugou"), a opinião de Bernardo Ribeiro de Moraes (Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços, RT, 1ª. ed., 1984 pág. 373/374) que, taxativamente, afirma, analisando "alguns casos práticos":

"10. a locação de bens de equipamento com a opção de sua compra a final pelo arrendatário — contrato de **leasing** — não constitui locação de bens móveis. Trata-se de um contrato típico, diverso da locação de bens móveis, inominado, mas com características peculiares inclusive a obrigação do locador em investir, a de constar no preço do aluguel o valor das parcelas de autorização dos bens alugados e percentagem sobre o montante decrescente do valor do contrato, o que não existe na locação de bens móveis. **Leasing** é contrato típico, que não se confunde com o nosso contrato de locação de bens móveis. O que o caracteriza é o investimento a que se obriga o locador e a cláusula de opção de compra em favor do lessee após o término da locação."

18. Feito esse levantamento sumário da doutrina — e nos desculpamos de tê-lo realizado, para nosso próprio convencimento — é hora de nos pronunciarmos.

Não há dúvida de que o leasing hoje, e não só entre nós, é contrato típico, de características próprias, conceituação legal (ainda que deficiente e sumária), constituindo-se — como outros tantos se constituíram — de elementos retirados de outros contratos como a

locação, a compra a prestações, o mútuo, mas assumindo contornos indisputáveis que o diferenciam de todos eles.

Tanto que a Lei nº 6.099/74 o definiu e lhe deu características e nome próprio - de arrendamento mercantil. Bastaria isso para, em face do texto expresso da lei, não pretender incluí-lo na categoria de locação de bens móveis, que se pretende, com a incidência do ISS (item 52 da lista).

19. Para nós, 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 frente a 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**.

Não se trata, porém, de simples afirmação. A comprovação vem da própria Lei nº 6.099/74 que, ao dispor sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil, expressamente vinculou-o todo às instituições financeiras, sob o comando do Conselho Monetário Nacional e o Banco Central.

E à lei seguiram-se as Resoluções do Banco Central que a regularam miudamente.

Cria-se, pois, desde logo, situação estranha: instituto inteiramente regulado por lei federal, que vincula as autoridades administrativas federais, sujeito à regulação que lhe devem; que teve regime tributário estabelecido (com a expressa indicação do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados), envolvendo, evidentemente, operação financeira, não pode subordinar-se ao ISS, cobrado pelos municípios, quando não se lhe podem encontrar os pressupostos para sua incidência.

Que aliás, hoje se discute mesmo a respeito da locação de bens móveis, se a locação de bens móveis, se a locação de coisa não é serviço, etc.

E se o **leasing** não é necessariamente de bens móveis.

Com efeito, não há qualquer restrição ao **leasing** imobiliário na lei brasileira (nem em outras legislações), como acentuam os autores (**Fran Martins**, ob. cit., pág. 554; **Luiz Mélega**, ob. cit., pág. 50; **Arnoldo Wald**, RE 250/44; **Penalva Santos**, art. cit. RF 250/49; etc.). E a resolução 351, do Banco Central, expressamente o previu.

2. Essas observações — longas que foram — objetivaram demonstrar que não há, data venia do voto do eminente Relator, como aceitar que o **leasing** — arrendamento mercantil, pela lei brasileira — sofra a incidência do ISS, se a locação de bens não lhe é nem mesmo o traço mais forte, e até mesmo a compra a prestações — como se vê do art. 11, § 1º, da Lei nº 6.099/74 — melhor serviria de a ele assemelhar-se, e se o elemento que o configura é o financiamento.

O importante, contudo, in casu, é que não se lhe aplica o item 52 da lista anexa do Decreto-lei nº 406/68, referente à locação de bens móveis, com o que negada vigência ao art. 8º do Decreto-lei nº 406/68 e ao referido item, indebitamente aplicado: e, conseqüentemente, ao art. 24, II, da CF, se não definida, na lei complementar, a referida incidência.”

Destarte, após debruçar-me no exame das teses conflitantes, entendo, data venia do ínclito relator, e não obstante a orientação contrária da Suprema Corte, que não se aplica ao arrendamento mercantil, contrato típico que é, distinto da locação de bens móveis, o ítem 52 da lista de serviços anexa ao DL. 406/68.

Conheço do recurso pelas letras a e c do artigo 105 da Constituição Federal, e lhe dou provimento.

Voto-Vista

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO:-Sr. Presidente, a questão diz respeito ao reconhecimento da não incidência tributária do ISS sobre operações relativas aos contratos denominados de “**leasing**”.

O Eminente Ministro-Relator proferiu um brilhante voto em que analisou em profundidade a matéria, baseando-se inclusive num precedente do Supremo Tribunal Federal, do qual foi Relator o Ministro Rafael Mayer.

Depois de abordar os vários aspectos do tema, S.Exa.concluiu no sentido de sustentar, conclusivamente, o seguinte:(lê)

"Diante dos argumentos apresentados pelas duas correntes do dissídio configurado, convenço-me de que, embora não correspondendo rigorosamente à figura clássica da locação,é o **leasing**, como modalidade do arrendamento mercantil, contrato que se caracteriza predominantemente pela locação de bens móveis, estando sujeito à incidência do ISS, quando ocorra a circunstância da prestação habitual de serviço da espécie. Daí porque não vejo razões para mudar o entendimento que vem sendo adotado pela Colenda 1ª Turma deste Tribunal, na esteira da jurisprudência da mais Alta Corte. Conhecido que foi o recurso, sou pela manutenção desta diretriz jurisprudencial".

Em suma, o ilustre Relator entende que o ISS incide sobre os chamados contratos de "leasing".

Dele dissentiu o Sr. Ministro Américo Luz,que também proferiu um brilhantíssimo voto. Não o lerei na sua íntegra, a fim de facilitar o nosso julgamento, porque estou mais preocupado em resumir a tese básica, mesmo porque todos os Colegas já conhecem o tema. Se houver necessidade, o lerei com grande prazer.

Em resumo, o Ministro Américo Luz abordou todos os aspectos da questão controvertida, com apoio em precedentes jurisprudenciais. No final, S.Exa. discordou do ilustre Relator, dizendo: (lê).

"Destarte, após debruçar-me no exame das teses conflitantes, entendo, data venia do inclito Relator, e não obstante a orientação contrária da Suprema Corte, que não se aplica ao arrendamento mercantil, contrato típico que é, distinto da locação de bens móveis, o item 52 da lista de serviços anexa ao DL 406/68".

Em tal contexto, toda questão concerne em saber se o contrato de "leasing" inclui-se ou não no item 52 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei 406/68. Essa é a grande controvérsia. E, para dirimí-la, creio que o tema há de ser enfocado sob dois ângulos: se se trata de caso de interpretação do texto legal ou se se trata de fazer analogia, diante do texto legal. Esse, no meu ponto de vista, é o aspecto básico. Interpretar o texto legal significa delimitar o seu sentido e seu alcance. Fazer analogia significa procurar pontos comuns em coisas diversas.

Identificar pontos de semelhança em leis diversas.

Vejamos: o que seria o contrato de "leasing"?

Contrato de "leasing", conforme sabemos, se pudermos seccioná-lo, envolve algo parecido com contrato de locação, mais o contrato de financiamento e, afinal, até mesmo, a possibilidade de um contrato de compra e venda.

Então, temos, com as ressalvas quanto à locação, pelo menos três contratos englobados no chamado contrato de "leasing": contrato de locação, contrato de financiamento e contrato de compra e venda. Para aqueles que preferem dar interpretação compreensiva ao texto, há uma preponderância de contrato de locação, daí, o seu enquadramento na mencionada lista de serviços; outros, ao contrário, sustentam que há uma predominância do contrato de financiamento, daí que o enquadramento não ocorreria tratando-se de contrato típico.

Assumindo posição sobre a controvérsia, afigura-se-me que sem se recorrer à analogia não é possível concluir, no caso, pela incidência do tributo. E porque, na hipótese, se trata de analogia. Explico. Fazer analogia significa procurar pontos comuns em coisas diversas. Considerando-se um determinado objeto, cujos elementos constitutivos fundamentais são A, B e C. E outro objeto cujos elementos constitutivos sejam A', B' e C'. São elementos sem os quais deixariam de existir como tais, pois lhes são identificadores. Comparando os dois objetos, através de seus elementos constitutivos comuns, podemos ter três tipos de relação: relação de identidade, quando há uma correspondência entre esses elementos constitutivos comuns; uma relação de diversidade, quando não há correspondência entre os elementos constitutivos comuns; e relação de analogia ou similaridade, quando há pontos comuns e pontos diversos. É o caso típico da conexão de Direito Processual: quando comparamos duas ações, se têm as mesmas partes, causas de pedir e objetos, são idênticas; se não têm, são diversas; se têm alguns pontos comuns relativamente a esses elementos e outros diversos a relação é de analogia que, processualmente, se chama conexão.

Exercitando esse raciocínio, verificamos que o contrato de "leasing" compõe-se de dois contratos pelos menos: um parecido com o de locação e outro de financiamento. Mas, alguns entendem que há, até mesmo, um terceiro contrato, o de compra e venda, se afinal, o beneficiário do financiamento quiser adquirir a coisa. Então, são três os contratos.

Comparando o contrato de locação com o de "leasing" podemos verificar, com muita boa vontade, que o máximo que há entre eles é uma relação de analogia, na parte pertinente, à locação. Com relação ao financiamento, ninguém jamais irá sustentar que o contrato de locação implica contrato de financiamento. Isso não é da natureza do contrato de locação. Tratando-se de analogia e não de interpretação compreensiva penso que não é possível que se tribute sem lei. A propósito, é expresso o § 1º do art. 108 do C.T.N.: "o emprego da analogia não pode resultar na exigência de tributo não previsto em lei". E, no caso, não há lei que permita fazer incidir o ISS sobre operações decorrentes de contrato de "leasing". Tanto assim que se promulgou a Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, alterando a Lista de Serviços que acompanha o Decreto-lei 406, de 31 de dezembro de 1968, dela constando o item 79 com a seguinte redação: "Locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil" (grifei). Como se sabe o item 52 da referida lista, com a redação anterior à citada lei, falava simplesmente em "locação de bens móveis", sem se referir a "arrendamento mercantil". Todavia, a espécie refere-se a hipóteses ocorridas anteriormente à referida lei.

Com essas breves observações e com a devida vênia ao Ilustre Relator que proferiu um voto muito bem fundamentado, tendo em vista a argumentação antes expendida, acompanho o voto do Sr. Ministro Américo Luz.

Voto-Vista

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO:

Para renovar a questão vou ler o relatório e o voto do eminente Ministro Demócrito Reinaldo (Iê). Divergindo do relator e por conseguinte recebendo os embargos votaram os Senhores Ministros Américo Luz e Pádua Ribeiro. Faço agora meu pronunciamento sobre a controvérsia. Esta Colenda 1ª Seção nos Embargos de Divergência no REsp nº 2.732 publicado no DJ de 25.11.91 decidiu pela in incidência do ISS nos contratos de leasing em acórdão exteriorizado nesta ementa:

"TRIBUTÁRIO. CONTRATOS DE LEASING. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISS). Os contratos da espécie não constituem fato gerador do tributo em referência, já que têm por traço fundamental a operação de financiamento neles contida e não a utilização temporária do bem, não sendo por outro

motivo que estão sistematicamente vinculados a uma instituição financeira, nem tampouco, que tais operações são regulamentadas e fiscalizadas pelo Banco Central.

De outra parte, ainda que pudessem ser assimilados à locação, não se prestariam para tal, já que a locação não se confunde com prestação de serviço.

Embargos acolhidos.”

Sendo relator o eminente Ministro Ilmar Galvão com a adesão dos Senhores Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz. E vencidos eu, o eminente Ministro Garcia Vieira e o saudoso Ministro Geraldo Sobral. Com a modificação na composição dos integrantes da Seção com o ingresso de novos Ministros seria conveniente rever aquela decisão, pois à época já se achava em vigor a Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, que ampliou significativamente a lista de serviços inclusive o **leasing**. Assim tanto naquele caso como neste incidiu a norma do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe:

“A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Sendo assim, a Lei Complementar retrocitada incidiu inclusive nas situações anteriormente a sua promulgação respeitado é claro as exceções. Do ponto vista legal é devido o ISS nos contratos de **leasing** como também já era igualmente devido, apesar da lista ser taxativa, mas cada item comporta interpretação ampla e abrangente segundo a jurisprudência firmada pelo STF na análise pormenorizada do eminente Ministro Oscar Correa no RE 104571-0 publicado no DJ de 24.05.85. Tal entendimento veio a ser reafirmado por sua Excelência e publicado na RTJ vol. 117, pág. 1353 “verbis”:

“No mais, cinge-se a controvérsia à lista de serviços dos Decretos-leis nºs 406/68 e 834/65, sua extensão e abrangência. Quanto a isto reafirma-se a tese do acórdão, que esta Corte referenda, de que se a lista de serviços é taxativa, admite interpretação extensiva, nos moldes em que o tem decidido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tivemos oportunidade de resumir no RE 104571 (Sessão de 30.04.85), com o apoio da Turma.”

Pelo exposto, rejeito os embargos acompanhando o eminente relator,

embora reconhecendo os valiosos fundamentos dos que votaram diferentemente.

É o meu voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA SEÇÃO

Nr. Registro: 90/0013859-0

ERESP 00000836-0/SP

EM PAUTA

JULGADO: 07/12/1993

Relator

Exmo. Sr. Min. DEMÓCRITO REINALDO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. AMÉRICO LUZ

Subprocurador Geral da República

EXMO. SR. DR. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

Secretário (a)

BEL. JOÃO PEREIRA FILHO

AUTUAÇÃO

EMBT: CREFILEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL

ADVOGADO: HAMILTON DIAS DE SOUZA E OUTROS

EMBDO: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO

ADVOGADO: CARLOS ROBICHEZ PENNA E OUTRO

Certidão

Certifico que a Egrégia PRIMEIRA SEÇÃO ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José de Jesus, a Seção, por maioria, rejeitou os embargos: vencidos os Srs. Ministros Américo Luz e Antonio de Padua Ribeiro (votos anteriores proferidos na presidência do Ministro Pedro Acioli).”

Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José de Jesus (voto vista), Garcia Vieira, Helio Mosimann e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Américo Luz.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 7 de dezembro de 1993.

SECRETÁRIO(A)