

ICM NA IMPORTAÇÃO DE BENS DE CAPITAL PARA FINS DE “LEASING”

Simão Isaac Benjó

1. Há dois grupos de arrendadores: *leasing* financeiras e empresas industriais.

E eles se distinguem: a) quanto ao objeto primário da operação de arrendamento; b) quanto ao período básico do arrendamento.

Sobre o primeiro critério de distinção, assim expõe ROBERTO PROCÓPIO DE LIMA NETO:

“Exemplifiquemos: quando a IBM arrenda um computador para uma firma, seu principal motivo é a venda dos serviços do computador; por um lado, quando uma *leasing* financeira faz uma operação de arrendamento, ela está interessada nos benefícios que este arrendamento — como uma forma de empréstimo — lhe poderá trazer. A IBM dificilmente arrendaria um computador Burroughs, enquanto uma *leasing* financeira arrendaria equipamentos de qualquer procedência, desde que a recompensa financeira da operação fosse atrativa.

.....

Em resumo, para uma *leasing* financeira, o objetivo principal do arrendamento seria obter os benefícios da operação *financiamento-lease*, enquanto para uma empresa industrial o objetivo seria obter os benefícios combinados da operação *produção-lease*”. (*Rev. Forense*, vol. 250, p. 420).

A respeito do segundo critério é ainda o mesmo autor que expõe:

“Os dois tipos de arrendadores também diferem bastante com relação ao período básico do arrendamento, porque a *leasing* financeira não tem as mesmas facilidades que

teria uma indústria em vender ou rearrendar o bem, depois do término do arrendamento inicial, pois a indústria, geralmente, dispõe de um departamento de vendas especializado. Portanto, o arrendador-financeiro tem tendência a escolher como período básico da operação a vida econômica do bem em questão, ou a cobrar do arrendatário a maior parte do custo do bem durante o arrendamento, mesmo que o período básico deste seja menor que a vida econômica esperada do equipamento.

.....

Em geral, o arrendador-financeiro não se quer preocupar com a venda do bem usado, ao fim do contrato de arrendamento. Como proteção contra esta possibilidade, a arrendadora-financeira inclui no contrato de arrendamento, geralmente, cláusulas permitindo ao arrendatário comprar o bem ou arrendá-lo, em condições vantajosas para o arrendatário. Deste modo, mesmo que este arrendatário não use a opção de compra ou de rearrendamento, o arrendador não teria muito trabalho para vender ou rearrendar o bem para outro arrendatário, dados os preços favoráveis considerados. O arrendador pode, sem prejuízo algum, oferecer estes preços baratos para venda ou arrendamento, visto que a diferença entre o custo original do bem e o preço previsto na opção de compra é cobrada inteiramente do arrendatário original durante o período básico do arrendamento.

Para nos explicarmos melhor, passemos a um exemplo simplificado. Suponhamos que uma máquina de .. Cr\$ 100.000,00 vai ser arrendada por um período de 5 anos e que o valor esperado desta máquina, depois dos 5 anos, é de Cr\$ 30.000,00. O arrendador poderia propor um contrato de arrendamento que previsse um aluguel mensal suficiente para cobrir não somente a remuneração do seu dinheiro, mas, também, a depreciação esperada da máquina, de Cr\$ 70.000,00. Ao fim de 5 anos, o arrendador tentaria vender ou arrendar a máquina por um outro período. Porém, se se trata de um arrendador-financeiro, ele não teria facilidades para a venda ou arrendamento desta máquina. Assim sendo, o que faz ele? A solução é simples: cobra do arrendatário, além da remuneração do seu dinheiro, uma depreciação de Cr\$ 90.000,00, em vez de Cr\$ 70.000,00. Em compensação, dá ao arrendatário uma opção de compra de máquina, ao fim dos 5 (cinco) anos, pelo preço de Cr\$ 10.000,00

ou uma opção de arrendamento, por um preço que se refira a estes Cr\$ 10.000,00. Deste modo, o arrendatário é forçado a comprar ou rearrendar a máquina, visto ser seu preço de mercado Cr\$ 30.000,00. Porém, mesmo que o arrendatário não tomasse esta atitude, não seria difícil para a arrendadora vender esta máquina por Cr\$ 10.000,00 para um terceiro, já que ela vale Cr\$ 30.000,00! (doc. cit., págs. 420/421).

2. Na hipótese em exame, interessa-nos apenas considerar como única espécie de *leasing* o financeiro, em torno do qual multiplicam-se as denominações.

3. JOSÉ CARLOS MURTINHO DE ALMEIDA o intitula de *locação financeira*, como se pode observar:

“A locação financeira designada nos Estados Unidos por *financial leasing* e vulgarmente conhecida na Europa por *leasing* é a operação pela qual certa empresa adquire bens de equipamento ou imóveis para a instalação de empresas comerciais ou industriais, por indicação destas, dando-as em locação mediante o pagamento de um aluguel ou renda. Findo o prazo convencionado, o locatário pode optar pela aquisição da propriedade, satisfazendo o preço estabelecido, por continuar a locação sujeita agora a um aluguel ou renda menos elevada, ou pela restituição das coisas locadas.” (*A locação financeira leasing, in Rev. For.*, vol. 250, p. 400).

WERTER R. FARIA apenas o chama de *leasing*, distinguindo-o do *renting* ou *rental*:

“O *renting* ou *rental* difere do *leasing* por se tratar de locação comum, em regra concernente a material *standard* (automóvel, máquina de escrever, televisor, vagão, etc.), ajustada a curto prazo (desvinculado do período de utilização econômica, ou de amortização fiscal do bem, cujas despesas correm por conta do locador. A locação-serviço não confere ao locatário as três opções do *leasing*: a) a restituição do bem; b) a compra pelo valor prefixado ou residual, c) a prorrogação da locação sob novas condições. Observe-se, porém, que a exclusão da opção de compra, assim como inserção de cláusula de assistência técnica ou de serviços de conservação e reparação não desqualificam o *leasing*. Os termos *leasing* e *renting* associam-se com muita frequência, e etimologicamente (to-

lease — arrendar; *to rent* - locar) trata-se da mesma operação. Mas, na prática, o *renting* se desenvolve num terreno sensivelmente diferente do *leasing* (FRANCISCO RICO PEREZ, "Uso y Disfrute de Bienes Ajenos con Opción a Compra", Madri, 1974, p. 40, nota 1). No contrato do *renting*, o locador oferece um ou mais tipos de bens, por ele próprio selecionados, em razão da procura. Assim, a mesma coisa pode ser usada por sucessivos locatários, a prazos curtos.

A função específica do *leasing* consiste na aquisição de um bem de produção pelo locador, conforme as especificações do locatário, e na cessão do uso e gozo, contra retribuição, por prazo correlacionado com sua vida útil.

A finalidade do *renting* se resume na cessão pelo locador do uso e gozo de bem *standard* de produção, ou de utilização geral, e na retribuição que o locatário é obrigado a pagar. Apesar de serem tipos diferentes de contratos, o *renting* se denomina *leasing* operacional ou de exploração (cf. ROBERTO RUOZI, "Il Leasing" Milão, 1971, 2ª ed., p. 5; JOSÉ WILSON NOGUEIRA DE QUEIROZ, "Teoria e Prática do Leasing", Fortaleza, 1974, p. 25)". (Rev. For., vol. 250, págs. 410-411).

Também FÁBIO KONDER COMPARATO (Loc. cit. p. 10), ARNOLDO WALD (Loc. cit. págs. 33 e 35) e MAURO BRANDÃO LOPES (Loc. cit., p. 424) usam apenas o termo *leasing*.

GIORGI FOSSATI o chama de *leasing finanziario* (*Il leasing — Moderna tecnica di finanziamento alle imprese*, Milano, 1973).

O direito positivo brasileiro o denomina de *arrendamento mercantil* (Lei 6.099, de 12.09.1874).

4. A doutrina ainda não se definiu em torno da natureza jurídica do *leasing* financeiro.

Para JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA (Loc. cit. p. 399), é um negócio misto, com elementos da locação, da venda e do mútuo, sendo os relacionados com este último sem dúvida os dominantes e que explicam o afastamento de certas regras do primeiro.

Para ROBERTO PROCÓPIO DE LIMA NETO (Loc. cit., p. 421), o *financiamento-lease* pode ser comparado com um empréstimo tendo como garantia real o próprio bem arrendado. Do ponto de vista do arrendador, o arrendamento é ainda superior porque, sendo o arrendador o dono efetivo do bem arrendado, é muito mais fácil recebê-lo de volta caso o arrendatário não efetue os pagamentos ou quebre alguma cláusula contratual.

Segundo MAURO BRANDÃO LOPES (loc. cit., p. 424), a real natureza é manifestamente a de financiamento, que constitui não a causa do contrato, mas o seu cerne, a relação fundamental de crédito e débito nele estabelecida; este financiamento, como todo financiamento, é um contrato de mútuo. A realidade econômica do negócio deveria normalmente corresponder o seu contrato típico, nominado, que, como contrato principal, poderia ter a seu lado, como acessórios, contratos de garantia.

E, apoiado em ASCARELLI (*Negócio Jurídico Indireto*, tr. portuguesa, Lisboa, 1965, págs. 10/11), conclui tratar-se de um negócio indireto:

“Ora, este fenômeno é já corriqueiro nos sistemas legislativos modernos: trata-se de um negócio indireto, de plena valia, e de manifesta utilidade pela economia de esforços que traz à construção jurídica de institutos novos. Há negócio indireto quando as partes recorrem, em determinado caso concreto, a um contrato típico, nominado, para conseguir por meio dele não somente os seus efeitos normais, mas também fim diverso daquele que decorreria de sua estrutura peculiar. É exatamente o caso do *leasing*: os efeitos normais de todo contrato de arrendamento são desejados pelas partes, e por meio dele, com fim indireto, querem também o financiamento, que é a razão de ser do negócio indireto.” (Rev. cit., p. 424).

Na lição de FÁBIO KONDER COMPARATO (*Contrato de Leasing*, R. For. cit., p. 10), o contrato de leasing apresenta-se como negócio jurídico complexo, e não simplesmente como coligação de negócios.

E explica:

“Dizemos não simplesmente, porque na verdade o contrato entre a sociedade financeira e o utilizador do material é sempre coligado ao contrato de compra e venda do equipamento entre a sociedade financeira e o produtor. Mas o *leasing* propriamente dito, não obstante a pluralidade das relações obrigacionais típicas que o compõem, apresenta-se funcionalmente uno: a “causa do negócio é sempre o financiamento de investimentos produtivos.”

Doutrina ARNOLDO WALD:

“...O *leasing* é uma operação de financiamento, geralmente a médio ou a longo prazo, realizada por uma sociedade financeira e que tem por suporte jurídico um contrato de locação de bens com opção de compra para

o locatário. Acrescentaríamos que a compra de bem é feita pela sociedade financeira com a finalidade específica de atender o seu cliente, de acordo com as indicações fornecidas pelo empresário que, em seguida, se transforma em locatário e titular da opção de compra, sub-rogando-se nos direitos do comprador contra o fornecedor do equipamento". (*Noções básicas de leasing*, apud. R. For, n.º 250, p. 33).

A. LOPES DE SÁ, ao analisar o artigo *Contrato de Leasing*, de FÁBIO KONDER COMPARATO, publicado na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 389, março 1968, pág. 7 a 14, conclui que o autor defende a tese jurídica de que o *leasing* é uma autêntica "venda a prazo" quando do contrato de locação do bem figura a obrigação ou a promessa unilateral de venda por parte da instituição financeira.

E, apoiado nessa tese, ele mesmo destaca:

"Na realidade existem contratos de Leasing que comprometem o locador a vender à locatária, pelo valor de resíduo, o bem.

Na prática pode-se crer que se trata de uma "venda a prazo" com simulação de "locação". Outros autores já entendem que o Leasing é um "financiamento" onde a locação é apenas um "pretexto" ou "acidente". (*Leasing e Finanças de Empresas*, APEC — Editora, S/A, R.J., 1972, págs. 19-20).

Para GIORGI FOSSARTI, o *leasing* financeiro é uma operação de financiamento baseada em um contrato de locação:

"La definizione piu precisa e completa sul *leasing* finanziario è, a nostro avviso, quella data dal Ruozi, secondo i quale il leasing a medio e lungo termine basata su un contratto di locazione di bene mobili o immobili. Essa viene concessa da un intermediario finanziario, che interviene fia l'azienda produttrice del bene oggetto del contratto e l'azienda che ne richiede l'uso, acquistando dalla prima il bene stesso e cedendolo in locazione alla seconda, la quale si impegna inderogabilmente a corrispondere all'intermediario finanziario un determinato numero de canoni periodici per un importo globale superiore al costo del bene, la cui proprietà al termine del contratto può esse transferita a titolo oneroso dall'intermediario finanziario all'azienda locataria por iniziativa di quest'ultima" (*Il Leasing moderna tecnica di finanziamento alle imprese*, Milano, 1973, p. 18).

5. Como se observa, o *leasing* ora é visto como uma operação de financiamento ou um contrato de mútuo com garantia especial, ora como um contrato de locação e ora como um contrato de compra e venda a prazo, simulado por outros negócios jurídicos.

6. Estamos com os que defendem a última tese.

Em verdade que vem a ser o *financiamento* a que se propõe fazer a empresa arrendadora?

Analisemos as operações em suas etapas:

a) a arrendadora ajusta com a arrendatária que, pelo sistema de *leasing*, vai adquirir na fábrica um determinado bem, que passará à *livre disposição da arrendatária*;

b) feito o ajuste, com seus recursos, a arrendadora adquire, da fábrica, o bem;

c) depois de ter adquirido o bem, a arrendadora o *revende* à arrendatária, em prestações, cujo montante lhe assegura o reembolso do preço pago na operação *b*, e mais juros, despesas e o lucro previsto.

Essa *revenda* é que é simulada com a utilização de negócio indireto, qual seja, fica mascarada sob a forma de locação ou arrendamento.

Ora, a maioria dos autores está de acordo em reconhecer a existência de um financiamento do preço do bem adquirido pela arrendatária.

E esse financiamento é precisamente a modalidade de pagamento pela revenda feita ao arrendatário, isto é, a modalidade de compra e venda a prazo.

É certo que estamos diante de uma compra e venda com reserva de domínio aparente. Somente depois de pagas todas as prestações e a parcela residual, simbólica, do preço para a compra formalmente prevista, é que o arrendatário se torna dono do bem.

Mas, na realidade, a reserva de domínio é só aparente, pois, terminado o prazo do "arrendamento", que é sempre longo (geralmente 5 anos) e correspondente ao tempo de vida útil do bem, deste só resta sucata, já nem tendo importância para o arrendatário exercer ou não o direito de opção à compra, pois dele exauriu todas suas utilidades até o fim, como o faria o proprietário.

Leia-se, a propósito, o que, com muita razão, diz MAURO BRANDÃO LOPES:

"... No *leasing*, o "aluguel" não se pode dizer equivalente ao valor do uso da coisa: antes está em flagrante desproporção com ele, excedendo-o de muito, para alcançar e mesmo ultrapassar o valor dela, o que tira inteiramente ao contrato de locação o elemento de comutatividade.

Na verdade, o “aluguel” total pago pelo arrendatário equivale a importância muito superior ao valor da própria coisa, acrescida de todos os custos acessórios e do lucro que tem o arrendador. Analisada friamente a operação nas suas implicações econômicas, o arrendador funciona manifestamente como autêntico financiador, e o arrendatário como financiado; a importância do financiamento, aplicada pelo arrendador na compra da coisa, ou por esta representada, se já de sua propriedade, é simplesmente paga parceladamente sob a forma de “aluguel”, com todos os custos acessórios, e acrescida do lucro do financiador.” (Rev. For. n.º 250, p. 424).

Por isso mesmo ele preconiza:

“Estas observações levam a algumas conclusões: a) Considerada a realidade do negócio, e não a sua forma, a coisa tomada em *leasing* deveria ser escriturada no ativo imobilizado do arrendatário, e não do arrendador, com todas as consequências fiscais que tal fato pudesse acarretar”. (Rev. For., vol. n.º 250, p. 424).

7. Por tudo isso, impõe-se examinar os contratos de *leasing* em todas as suas cláusulas, pois, conforme os termos em que estas forem redigidas poder-se-á praticar verdadeiro abuso de direito, com a utilização fraudulenta de negócios jurídicos indiretos.

8. Veja-se, a respeito de ICM, a observação feita por OSWALDO MATTOS FILHO:

“Tal fenômeno poderá ocorrer quando o contrato de locação seja feito por período superior ao de uso efetivo da máquina. Neste caso será muito difícil distinguirmos se o contrato é de locação ou de financiamento de compra, levando-se em consideração que após determinado período dão só o valor contábil do bem que é zero, bem como o valor intrínseco que é quase nulo. Nesta ocasião, poderá a locatária devolver o bem locado, em realidade sucata, sem que se tenha pago o imposto sobre circulação de mercadorias. A distinção mencionada com a sofisticação dos negócios, creio que terá que ser estabelecida, se levarmos em consideração que a alíquota que grava a circulação de mercadorias é de 17% e a da prestação de serviço 5%. A diferença entre elas, ou seja 12%, dá um alto poder competitivo para a venda disfarçada em locação a prazo longo.” (Problemas nas operações de “leasing”, in Rev. For.. vol. 250, p. 87).

9. Mas, no direito positivo brasileiro, a questão não oferece mais dúvidas.

A Lei 6.099, de 12 de setembro de 1974, define o arrendamento mercantil, ou arrendamento financeiro, ou *leasing*, propriamente dito, como *operação de compra e venda a prestação*, a não ser que a aquisição obedeça *em tudo* às disposições dessa mesma Lei.

É o que está no artigo 11, parágrafo 1.º:

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

São, dentre outras, condições exigíveis para que ao contrato de *leasing* se dê o tratamento tributário federal previsto na Lei n.º 6.099:

a) que a arrendadora seja uma financeira, registrada, portanto, no Banco Central, por força do que dispõe o artigo 7.º;

b) que do contrato de arrendamento constem as cláusulas previstas no artigo 5.º.

Sobre a exigência do artigo 7.º, impõe-se aduzir que, antes mesmo da lei, a doutrina já a aceitava:

“Ocorre, todavia, que o *leasing* não é um simples contrato comercial atípico, mas implica na realização de uma operação de aplicação de recursos financeiros. Assim sendo, as empresas de *leasing* são, na realidade, instituições financeiras, nos precisos termos do artigo 17 da Lei n.º 4.595, de 31.12.1964, só podendo funcionar no País mediante autorização prévia do Banco Central” (ARNOLDO WALD, in “*Leasing*”: o que é, como funciona, in *Rev. For.*, vol. 250, p. 35).

Tornando autêntica essa interpretação, o artigo 1.º do Regulamento anexo à Resolução n.º 351, de 17.11.1975, dispôs:

“As operações de arrendamento mercantil com o tratamento tributário previsto na Lei n.º 6.099, de 12 de setembro de 1974, são privativas de pessoas jurídicas registradas no Banco Central que tenham como objeto social, exclusivo a prática de operações de arrendamento mercantil, e das instituições financeiras referidas no artigo 12, no caso das operações específicas ali tratadas, observado o disposto neste regulamento”.

10. Não é demais ponderar que mesmo demonstrado o atendimento às regras previstas na Lei n.º 6.099, ainda assim não se pode invocá-la para não pagar o ICM, que é um imposto de competência estadual.

Magistral, a propósito, a lição de JOSÉ ERNESTO DE LEMOS:

“De seu aspecto tributário gostaríamos de mencionar um ponto, o qual deverá provocar controvérsia entre seus aplicadores e intérpretes, sem embargo de o assunto chegar a ter, ou não, significativo interesse prático. Trata-se do fato de a Lei n.º 6.099 ser nitidamente e apenas lei tributária da União. Foi editada com a finalidade de disciplinar o comportamento fiscal de operação abrangida, em seus efeitos, pela competência tributária da União. Não estamos realmente diante de uma lei complementar. Não foi assim designado, nem o projeto da lei do Poder Executivo, encaminhado ao Congresso Nacional, teve essa classificação, como ainda não tramitou em qualquer das Casas Legislativas desse modo intitulada. A Lei complementar tem catalogação explícita, especial e diversa da lei ordinária, com seriação própria e diferenciada. Ao que tudo indica não foi observado em sua votação o rito especial, ínsito ao *quorum* qualificado previsto no texto constitucional. Do contrário, sua fórmula promulgatória, além de conter explícita designação de “lei complementar”, conteria também os fundamentos constitucionais de sua expedição. Nada disso aconteceu com a Lei n.º 6.099. Acresce notar que o seu texto encerra preceitos normativos de Imposto sobre a Renda de imposto sobre produtos industrializados e de imposto de importação, disposições estas de âmbito caseiro e cunho particular e não normas gerais de direito tributário, como é próprio da lei complementar. Assim, mesmo as disposições constantes dos artigos 19 e 20, por exemplo, de aparência geral e de natureza tributária, devem ser entendidas como normas de aplicação restrita aos impostos da União. Do que se conclui que a Lei n.º 6.099 é lei ordinária, regulando comportamentos tributários nos limites da competência tributária da União e concernentes à operação por ela descrita.

Não sendo lei complementar, de um lado, e não sendo lei de direito privado, de outro, ou, de modo mais simples, sendo apenas lei ordinária de caráter tributário, a Lei n.º 6.099 não produzirá efeito nos campos tributários estadual e municipal. Precisaria que se tratasse de lei nacional para que seus conceitos tivessem aplicação nas áreas de competência dos referidos entes da federação. Sendo assim, os Estados e Municípios poderão afastar-se dos critérios adotados pela União, quando se defrontarem com a operação que configure a operação descrita na Lei

n.º 6.099 e denominada arrendamento mercantil. Será, então, possível que uma operação de arrendamento mercantil, com todos os requisitos previstos na Lei n.º 6.099, seja considerada venda simulada pelas autoridades estaduais, as quais poderão atribuir à opção de compra, de ora em diante, cláusula obrigatória do contrato, significação especial para aquela configuração. Nessa ordem de raciocínio, nada impediria, por exemplo, que o Estado-membro aceitasse em parte a operação, tal como foi descrita pela lei federal, mas lhe impusesse alguns óbices de inspiração própria e considerados necessários à defesa da arrecadação do ICM" (*Rev. For.*, n.º 250, págs. 450-451).

É que as operações de *leasing* devem ser examinadas em caso concreto e nada obsta à tributação de ICM na importação, quando se configurar a hipótese de compra e venda ainda que dissimulada em contrato de financiamento com arrendamento e opção de compra.

Essa também é a opinião de THOMAS B. FELSBERG

"Não obstante, poderá a empresa de *leasing* tornar-se contribuinte do ICM se passar a importar bens e equipamentos para as finalidades de *leasing*. Nessas ocasiões, por oportunidade de entrada do equipamento no estabelecimento importador, ocorre um fato gerador" (*Rev. cit.*, p. 415).

11. É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se tem orientado no sentido de que o fisco estadual não tem direito a exigir o Imposto sobre Circulação de Mercadorias na importação de bens do ativo fixo, nem mesmo quando ditos bens são destinados à locação.

Não é menos certo, porém, que essa mesma jurisprudência admite a incidência de ICM quando os bens de ativo fixo são importados com destino a revenda (*v.g.* RE 86.091 — S.P. e 86.995 — R.J.).

Como, nas condições aqui expostas, o *leasing* (financeiro) é (salvo o cumprimento integral do disposto na Lei 6.099) uma operação de venda a prazo, não há como negar a incidência na importação de bens de capital destinados a tal operação.

E sempre ressalvado o direito do fisco estadual de exigir o tributo, mesmo atendidas as disposições da Lei 6.099, desde que provada a realização de *negócio indireto* de venda com a intromissão simulada de locação ou financiamento.