Não incide ICMS sobre leasing porque produto não integra ativo da empresa

Contratos de leasing não são geradores de ICMS. Como a mercadoria não integrará o ativo fixo da empresa, a mera circulação física do bem não configura fato gerador do imposto. Este entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, e que vai contra decisão posterior do Supremo Tribunal Federal, foi aplicado pelo juiz José Tadeu Picolo Zanoni, da 1ª Vara de Fazenda Pública de Osasco (SP). Ele determinou que o delegado regional tributário deixe de cobrar ICMS da empresa Diagnósticos da América.

No pedido de Mandado de Segurança, a empresa explicou que arrenda equipamentos necessários par a sua atividade por meio de contratos internacionais de leasing. A Fazenda Estadual a autuou porque entendeu que houve compra do equipamento.

Os advogados da empresa sustentaram que houve afronta ao entendimento já pacífico no Superior Tribunal de Justiça e citaram decisões no sentido de que contratos de leasing não configuram fato gerador de ICMS. O pedido de liminar foi concedido pelo juiz. Em seguida, o Ministério Público se manifestou contra a concessão do Mandado de Segurança.

Em sua decisão de mérito, o juiz José Tadeu Zanoni acata os argumentos da defesa da empresa. Em seu voto, ele transcreve decisão da 1ª Turma do STJ (Resp 851.386). Neste acórdão, os ministros observam que, apesar de o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter entendido de forma contrária, preferem manter a posição já consolidada na 1ª Seção da corte. Afirmam que a decisão do STF foi "em acórdão isolado e não unânime" e desconsiderou o fato de que no leasing não há circulação de mercadoria.

Zanoni, no despacho, também remete a decisão da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça paulista. Os desembargadores, como publicou a **Consultor Jurídico** em maio de 2008 (clique aqui para ler), entenderam que a Constituição Federal só permite o recolhimento do ICMS nos produtos e insumos usados no processo produtivo. Para eles, a Constituição deixa de lado os bens que integram o ativo fixo ou que são consumidos na própria empresa e aqueles que os contribuintes chamam de bens intermediários e secundários.

Leia a decisão

1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE OSASCO

Processo 787/2008

V I S T O S.

DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S.A. impetrou mandado de segurança preventivo contra ato do Sr. Delegado Regional Tributário de Osasco. Alega: a) arrenda equipamentos necessários para sua atividade; b) cita contratos de arrendamento mercantil internacional e a autoridade impetrada entendeu que houve compra do equipamento, realizando-se o fato gerador do ICMS; c) não é possível a incidência

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

de ICMS sobre leasing internacional (cita julgados); d) informa dispor de parecer de renomado jurista para sustentar sua tese de que não incide o ICMS em casos assim; e) pede a liminar para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o ICMS em casos assim e que também se abstenha de lavrar autor de infração para cobrar o imposto supostamente devido em relação aos fatos narrados. Junta documentos (fls. 26/201). A liminar foi concedida (fls. 204).

A autoridade coatora prestou informações (fls. 210/230). O MP opinou a fls. 232/24, pela denegação da segurança.

É o relatório.

D E C I D O.

Passo a decidir o feito no estado em que se encontra, eis que os pontos controvertidos são de direito. Admito a Fazenda do Estado de São Paulo como litisconsorte passiva, anotando-se.

O mandado de segurança pode ser conhecido eis que não se trata de discussão sobre lei em tese, mas sim de caso concreto descrito na inicial e com perigo real de acontecer. A impetrante tem legitimidade processual e interesse de agir.

No mérito, temos que a impetrante sustenta sua divergência a respeito do entendimento da Fazenda Estadual paulista e também do Supremo Tribunal Federal, que mudou seu entendimento recentemente. Cita julgados paulistas e do Superior Tribunal de Justiça, bem como o parecer que aparece no terceiro volume dos autos.

Considerando os julgados estaduais e o parecer juntado, impossível deixar de concordar com a impetrante. A discussão é longa, como demonstram os documentos juntados, por isso, cito o seguinte trecho do parecer trazido:

"*Por fim, assinalo que o GATT, do qual o Brasil é signatário, contém uma cláusula de não-discriminação que impede que qualquer país participante do acordo dê aos produtos importados tratamento tributário diferente do que dá aos produtos locais, no que diz respeito aos impostos internos. É exatamente o que iria acontecer se o ICMS incidisse na entrada de mercadorias sob arrendamento mercantil, uma vez que, nas operações internas de arrendamento não há essa incidência. Ao dizer isto, não quero afirmar nem que a Constituição não pode opor-se a um tratado internacional pré-existente, nem que deva interpretar-se à luz de ato hierarquicamente inferior. O que pretendo salientar é que é altamente improvável que o legislador constitucional tivesse pretendido alterar o disposto no GATT em um caso tão particularizado e de baixa repercussão geral" (*(fls. 150).

Em seguida, o parecerista fala sobre a alteração no texto constitucional (emenda 33/2001):

"*O novo texto não altera as conclusões alcançadas com base no texto anterior. O fato de não falar em "entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se trata de bem destinado…" mas em "entrada de bem ou mercadoria importados do exterior…" não significa que o texto tenha feito uma separação completa entre duas categorias: a de bem e a de mercadoria. A análise sistemática antes feita permanece válida uma vez que a modificação foi feita no caput do parágrafo 2º. que diz que "* ***o imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte'*** *e uma vez que o imposto previsto neste inciso II é*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

exatamente o imposto sobre ***operações relativas à circulação de mercadorias.*** *Portanto, tudo quanto está subordinado ao caput do inciso cuida de mercadorias, tanto mais que este parágrafo refere-se ao inciso II do art. 155 da Constituição Federal" (*fls. 151/152).

A impetrante cita julgados do STJ posteriores à decisão do STF, todos mantendo o entendimento anterior, ou seja, o ICMS não incide em casos assim.

Também na linha divergente do Supremo Tribunal Federal, importante citar o julgado copiado nos autos, no qual o relator faz menção ao julgamento do STF, chamando-o de minoritário e reafirma a posição anterior do STJ, ou seja, de não incidência do ICMS em casos assim. Permito-me reproduzir a ementa (grifos deste Juiz):

AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 851.386 – MG (2006?0099875-8)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Estaod de Minas Gerais
Procurador: Nabil El Bizri e outros
Agravado: Murilo Carvalho Santiago e outros

EMENTA

IMPORTAÇÃO DE AERONAVE PELO REGIME DE LEASING. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. ALTERAÇÃO DO ART. 155, § 2º, "a" DA CF PELA EMC 33/2001. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

I — A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que não incide ICMS sobre a importação sob regime de *leasing*. Precedentes: REsp nº 341.423?SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 18?02?2002, REsp nº 299.674?SP, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 11?06?2001; REsp nº 58.376?SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 08?05?95.

II **— A despeito de recente pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal em acórdão isolado e não unânime proferido no RE nº 206.069?SP, a PRIMEIRA SEÇÃO, no julgamento do REsp nº 692.945?SP, DJ de 11?09?2006, Rel. Min. ELIANA CALMON, à unanimidade, entendeu que deve prevalecer o entendimento pacificado deste Superior Tribunal de Justiça pela não-incidência de ICMS.**

III — Mesmo após a alteração que a EC 33?2001 promoveu no art. 155, § 2.º, "a", da Constituição da República, tem-se que nos contratos de *leasing*, por não existir a circulação jurídica da mercadoria, não incide o ICMS. A propriedade do bem permanece com o arrendante, sendo que a mera circulação física da mercadoria não configura o fato gerador daquele tributo.

IV — A solução prevalece mesmo no caso concreto, em que a importação se deu depois da referida emenda constitucional, pois como bem observado naquele julgado da 1.ª Seção, o Eg. STF desconsiderou o fato de que no *leasing* não há circulação de mercadoria, pois se trata de um contrato de arrendamento mercantil. De qualquer forma, os bens assim importados não integrarão o ativo fixo do

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

importador, não havendo que se falar em circulação de mercadoria.

V — Agravo regimental improvido

Anoto que a documentação trazida pela impetrante também traz cópia de decisão anterior desta Vara (fls. 157/160). A impetrante também juntou diversos julgados recentes do tribunal bandeirante, todos na linha aqui adotada. Por isso, é o caso de conceder a segurança desejada.

Mais recentemente foi publicada notícia envolvendo laboratório concorrente do impetrante, mas no mesmo sentido do que ora se decide:

Importação de aparelhos

Laboratório Fleury tem imunidade tributária do ICMS

por Fernando Porfírio

O Laboratório Fleury tem direito a imunidade tributária do ICMS na importação de quatro ecógrafos (um tipo de aparelho de ultrassonografia). A decisão é do Tribunal de Justiça de São Paulo, que entendeu não ser os aparelhos mercadorias que serão repassadas ao consumidor final, mas equipamentos usados pelo Fleury para prestação de serviços médicos.

A Fazenda do Estado de São Paulo recorreu contra decisão de primeira instância, que concedeu mandado de segurança proibindo a tributação na operação de importação e autorizando o levantamento de depósito feito pelo laboratório.

O Estado sustentou que a regra geral é o pagamento do ICMS na importação de mercadoria e que a Constituição Federal determinou a incidência do imposto na entrada de mercadorias vindas do exterior, quando o bem se tratar de ativo fixo ou destinado ao consumo.

A 10ª Câmara de Direito Público do TJ paulista entendeu que a Constituição Federal só permite o recolhimento do ICMS nos produtos e insumos usados no processo produtivo. Para os julgadores, a Constituição deixa de lado os bens que integram o ativo fixo ou que são consumidos na própria empresa e aqueles que os contribuintes chamam de bens intermediários e secundários.

Revista **Consultor Jurídico**, 8 de maio de 2008

http://conjur.estadao.com.br/static/text/66143,1

Ante o exposto, **julgo procedente** o pedido inicial, concedendo a segurança. Oficie-se. Não há custas neste feito. Decorrido o prazo para eventual recurso voluntário, remetam-se os autos ao E. Tribunal de Justiça para o reexame necessário.

P.R.I.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Osasco, 04 de setembro de 2008.

JOSÉ TADEU PICOLO ZANONI

Juiz de Direito

Date Created
28/04/2009

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.