

INCENTIVO FISCAL AO CAPITAL DE
GIRO E A CLÁUSULA "LEASE-BACK"(*)

Ruy Barbosa Nogueira

Professor Catedrático e Presidente
do Instituto Brasileiro de Direito
Tributário-USP

1. A isenção do Imposto de Renda no caso como estímulo ao capital de giro.
2. Seriedade, poder e garantias da lei que convida o cidadão-contribuinte a usufruir de incentivo fiscal, mediante condições, que ele cumpre.
3. A nulidade absoluta de ato administrativo contraditoriamente denominado "ato declaratório (normativo)" usurpando função de lei, pretendendo ser retroativo e ferir o direito adquirido.
4. A legitimidade da operação imobiliária de venda, arrendamento mercantil e retrocessão (sale and lease-back).
5. O entendimento unânime das empresas contribuintes e dos seus assessores especializados.
6. Os esclarecimentos do Ministro e Professor Heinrich Beisse e a jurisprudência da Suprema Corte Fiscal da Alemanha em relação à interpretação dos incentivos fiscais.

7. Caso em que, em face da manifesta ilegalidade do ato administrativo, a Consultante não deve dele tomar conhecimento ou considerá-lo não escrito.

8. Ao Fisco cabe, como dever jurídico, tornar tal ato sem efeito. Embora ato nulo seja ato juridicamente inexistente, a sua manutenção embora formal poderá induzir o funcionário fiscal a erro danoso, não só para o contribuinte, mas afinal e sobretudo para a própria Fazenda Pública.

C O N S U L T A

A Consultante, que é uma companhia de seguros gerais, apresenta-nos acompanhada dos respectivos documentos, inclusive cópia da escritura pública de "sale and lease back", a seguinte consulta:

Na vigência do Dec. Lei nº 1.892/81, a empresa decidiu aproveitar o benefício fiscal para capitalizar-se, o que seria alcançado com a venda do imóvel onde está sediada; optou, porém, por um negócio de "lease back", em que o prazo da opção de compra ficou estabelecido em 10 anos e um mês.

O negócio em pauta foi concretizado e formalizado aos 28.09.1982.

Aos 22.12.1982, a Secretaria da Receita Federal através da Coordenação do Sistema de Tributação, baixou o Ato Declaratório (Normativo) CST nº 17/Parecer CST nº 3.457, entendendo que a venda sob a forma de "sale and lease back" não se enquadraria nos benefícios do Dec.Lei nº 1.892/81.

Por esses motivos, e considerando, ainda, que o negócio efetuado acatou todas as condições estabelecidas no Dec. Lei nº 1.892/81, deseja a empresa obter parecer de V.Exa. sobre o exato enquadramento fiscal da operação realizada, e, conseqüentemente, sobre a legitimidade da interpretação que o Ato Declaratório CST nº 17 conferiu à matéria, a fim de que se decida por tributar ou não o lucro obtido na transação.

P A R E C E R

I - O Decreto-Lei nº 1.892, de 16 de dezembro de 1981, conforme seu textual enunciado de objetivo, colocado em destaque e em primeiro lugar para ciência por parte dos contribuintes, reza literalmente:

"Estimula a capitalização das empresas mediante isenção de imposto de renda sobre lucros decorrentes da alienação de imóveis"...

Logo em seu artigo 1º esta-
tui que:

"Para efeito de imposto de renda, as pessoas jurídicas poderão excluir do lucro líquido, na determinação do lucro real, o resultado obtido na venda de bens imóveis, ...desde que:

Passa em seguida a especificar todas as condições e prazos em função dos quais é concedida essa isenção.

II - Ora, a Consulente, como se vê de toda a sua exposição e provas, não só aceitando o estímulo de interesse público e nacional, mas ainda confiando nas palavras da lei e cumprindo rigorosamente todas as condições onerosas e prazos prefixados, efetuou a alienação que lhe foi proposta com isenção, sem cujo gozo da isenção não a poderia ou teria realizado.

Observe-se bem a gravidade da natureza da proposta fiscal, não apenas do ponto de vista moral, mas do ponto de vista jurídico e da economia pública e da economia privada das em

presas. Se pela seriedade, poder e garantia da Lei a empresa é levada a uma tal operação e a executa, não são com todos os ônus, mas nos termos da lei, não pode ficar sujeita a ver essa lei revogada, não por outra lei da mesma hierarquia ou supra-or-denada (e neste caso somente para os casos futuros), mas por um simples ato administrativo inter no, alcunhado de "ato declaratório" como se fosse uma nova LEI INTERPRETATIVA, RETROATIVA E GRAVOSA. Mais ainda, fantasiado da característica privativa da lei de ser "normativo" no sentido de criar novas obrigações e alcançar, como a lei, a generalidade dos cidadãos-contribuintes, entre os quais, retroativamente, a Consulente, quando ela está garantida pelo ato jurídico perfeito e com seu direito já adquirido.

É elementar que o ato administrativo não cria, não altera nem extingue obrigações tributárias (CF arts.19, I; art. 153, § 29 C.T.N., art.97) e se, como no caso, é contrário à lei, mero ato nulo.

III - Sem sombra de dúvida, como mais adiante veremos exaustivamente, o indigitado "ato declaratório (normativo) CST nº 17" não passa de um simples erro administrativo e por isso mesmo é ato írrito, nulo ou nenhum, eivado de nulidade insanável ou máxima, por ser ato administrativo CONTRA LEGEM. Pretendendo usurpar fun-

ção privativa da lei, esse ato é formalmente inexistente porque ofende o art.46 da Constituição que dispõe sobre o processo legislativo.

Com efeito.

A legitimidade da operação e a integral aplicação do regime do Decreto-lei nº 1.982/81 às operações de "sale and lease-back".

IV - Logo em seguida à publicação deste decreto-lei, o conhecido e notável tributarista Henry Tilbery, Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, publicou magnífico comentário específico sobre esse decreto-lei, que constitui o vol.4 da obra ISENÇÃO DE GANHOS DE CAPITAL DAS PESSOAS JURÍDICAS (Edição IBDT-Resenha Tributária, S.Paulo, 1982) e de pág. 88 a 90 tratou especificamente desta hipótese, aconselhando "ex professo" às empresas, a realização desta operação, como uma das "estimuladas" por esse ato legislativo, nestes termos:

"Dentro do tempo relativamente curto que passou desde a publicação do Decreto-Lei nº 1.892/81 já foi levantada entre empresas interessadas a questão se este estímulo fiscal podia ser utilizado através de LEASE-BACK.

"Isto significa que empresas comerciais e industriais, que são proprietárias

de bens imóveis, constantes já antes do dia 31.12. 1978, do seu ativo imobilizado, pretendariam vender estes imóveis a Instituição habilitada para operações de Arrendamento Mercantil - com a qual a Empresa vendedora não tem ligação alguma. Em seguida aquela Instituição dá o imóvel em arrendamento à própria empresa vendedora mediante contrato que obedece aos requisitos da Lei nº 6.099/74, portanto uma operação típica LEASE BACK.

"A dúvida que foi levantada refere-se principalmente ao dispositivo do artigo 3º ora comentado. Todavia achamos que esta preocupação não procede, uma vez que o prazo dos contratos do LEASING imobiliário geralmente ultrapassa 10 anos. Assim, no caso que término do contrato de LEASING, por exemplo, após 15 anos, for usada a opção de compra, a "REAQUISIÇÃO" do imóvel fulminada pelo artigo 3º já ocorrerá após decorrido o prazo de 10 anos - portanto inócua.

"Nossa opinião é francamente otimista, em favor da compatibilidade deste estímulo fiscal com LEASE-BACK imobiliário. As operações LEASING foram bem sucedidas, pois entre outras vantagens solucionam o problema das empresas de adquirirem o uso de instrumentos de trabalho, sem terem necessidade de mobilizarem recursos financeiros escassos pela compra desses bens, pelo contrário, preservando seu capital de giro (compa

re Luiz Mēlega, "O Leasing e o Sistema Tributário Brasileiro", Ed. Saraiva, São Paulo, 1975, págs.10 e 52).

"A empresa que venderá nestes casos o imóvel a Instituição Leasing à vista ou para pagamento a curto prazo e ao mesmo tempo arrenda da Instituição compradora o imóvel (operação Lease-Back) continuará utilizando esse mesmo imóvel doravante como ARRENDATÁRIA para as mesmas atividades produtoras e, ao mesmo tempo, terá conseguido aumentar seu capital de giro pelos recursos, que antes eram aplicados no imóvel e foram agora desmobilizados. Portanto esta operação enquadra-se nitidamente nos objetivos da política fiscal, que norteou este diploma legal - justificada portanto a isenção do resultado obtido na venda do imóvel à Empresa de Arredamento Mercantil e capitalização do resultado, se preenchidos demais pressupostos desse benefício fiscal. Entendemos que o LEASE-BACK em absoluto não contradiz nem o texto nem o espírito do Decreto-Lei, muito pelo contrário é um instrumento hábil que consegue conciliar a finalidade de entrada de recursos mediante venda de imóveis com a sua utilização contínua".

V - Igualmente surpreendido com a contramarcha dos indigitados parecer e ato declaratório e, absolutamente certo de não passa-

rem estes de mero erro administrativo, o diligente e cuidadoso Autor acaba de elaborar o vol.6 da mesma obra, através do mesmo Instituto universitário e Editora Resenha, assim cabalmente fulminando esses atos nulos:

"Exame do Ato Declaratório (Normativo)
CST nº 17 de 22 de dezembro de 1982.

Recusa da aplicação do benefício fiscal do Decreto-lei nº 1.892/81 nas operações de SALE-LEASEBACK.

"O Ato administrativo retro-referido declara, em caráter normativo, que as operações de SALE-LEASEBACK não podem usufruir do benefício fiscal do Decreto-lei nº 1.892/81.

Em nosso comentário, publicado poucas semanas após a promulgação daquele diploma legal, manifestamos opinião em sentido oposto. Conforme nosso entendimento, empresas comerciais e industriais, proprietárias de imóveis, que já constassem do Ativo Imobilizado pelo menos desde 31 de dezembro de 1978, poderiam vender estes imóveis à Instituição Financeira habilitada para operações de SALE-LEASEBACK, com a qual a empresa vendedora não tenha ligação alguma. Na eventualidade de a Instituição Financeira em seguida, com observância de todas normas legais e administrativas pertinentes ao caso, dar o imóvel em arreda-

mento mercantil à própria empresa vendedora (LEASE BACK imobiliário), por prazo superior a dez anos, esta venda poderia, em princípio, gozar do benefício fiscal do Decreto-lei nº 1.892/81 - se atendidas todas as demais exigências desta disciplina legal.

"Esta opinião, que expressamos naquela altura, em favor da compatibilidade deste estímulo fiscal com o Instituto do LEASEBACK imobiliário, tinha seu fundamento em nossa convicção, de que a finalidade desta transação, isto é, descongelar recursos financeiros immobilizados em propriedade de imóveis, instrumentos de trabalho, mas continuando no seu uso na qualidade de ARRENDATÁRIO - (ao invés de proprietário) - coincide, perfeitamente, com o objetivo do Decreto-lei nº 1.892/81 que é capitalização das empresas através da liberação de recursos aplicados no ativo permanente.

"Foi por esta razão que concluímos que a operação de SALE-LEASEBACK não contradiz o espírito do Decreto-lei nº 1.892/81 - antes o implementa fielmente, recompondo o capital de giro pela venda de imóveis, sem perder seu uso (Henry Tilbery "Isenção de Ganhos de Capital das Pessoas Jurídicas - 4 - "obra citada, pág.88/89).

"Não ficamos isolados nessa interpretação otimista (compare por exemplo Carlos

Fagundes "Importância do SALE-LEASEBACK no Brasil" na revista "Balanço Financeiro", número de julho de 1982, onde o Vice presidente da Associação Brasileira das Empresas de Leasing também considerou este estímulo fiscal aplicável nestas operações).

"Portanto o Ato Declaratório (Normativo) CST nº 17/82, publicado um ano após o Decreto-lei nº 1.892/81, nos desapontou, mesmo por que não justifica a sua interpretação restritiva, apenas faz remissão às razões do Parecer CST nº 3.457/82, ao qual não temos acesso por ser um parecer interno da Administração.

"Face ao prestígio crescente que as operações do SALE-LEASEBACK estão ganhando neste país, mesmo em relações internacionais (vide, por exemplo, o Parecer do Procurador Geral da Fazenda Nacional do dia 27.09.82 Proc. nº 0168.002074/82, D.O.U. 10/12.82 ou, mais recentemente, Resolução nº 788 do Banco Central do dia 11.01.83) estranhamos a tendência deste Ato Declaratório (Normativo), que só pode ter sua origem em excesso de zelo, que a nosso ver não se coaduna com as várias medidas tomadas recentemente para incentivar a capitalização das empresas.

"É verdade que uma das múltiplas restrições constantes da disciplina do Decreto-lei nº 1.892/81, consiste em VEDAR o gozo da

isenção da hipótese de RETORNO À SITUAÇÃO ANTERIOR e que encontrem sua expressão no artigo 3º daquele diploma legal, que impõe a perda do benefício fiscal na hipótese de aquisição do imóvel vendido, no prazo de 10 anos contados da data da venda.

"Portanto, o legislador já previa, no texto legal, a restrição considerada necessária para evitar que o benefício fiscal fosse desvirtuado em sentido alheio aos objetivos da política fiscal.

"Consequentemente, na eventualidade de LEASEBACK com prazo inferior a 10 anos, realmente a opção para aquisição exercida dentro daquele prazo poderia causar a perda da isenção.

"Por outro lado no caso de LEASEBACK com prazo maior, por exemplo de 15 anos, se for usada a opção de compra após o término deste prazo, a "AQUISIÇÃO" do imóvel fulminada pelo artigo 3º do Decreto-lei nº 1.892/81 já ocorrerá após decorrido o prazo de 10 anos - portanto inócua, de acordo com o texto legal.

"Todavia o Ato Declaratório (Normativo) comentado atribui à cláusula de opção, que faz parte dos contratos de Leasing, o efeito de uma aquisição imediata - agravando assim, consideravelmente, SEM BASE LEGAL a restrição cons-

tante do artigo 30; mas este artigo impõe a sanção da perda do benefício fiscal não pela mera opção de reaquisição, mas sim no caso de reaquisição efetivada, no prazo de 10 anos da data da venda - deixando livre de sanção a reaquisição efetuada após este prazo.

"Esta restrição do Ato Administrativo vai além do texto legal, pois impede a conjugação do SALE-LEASEBACK imobiliário, um instituto muito útil para capitalização das empresas, com o benefício fiscal do Decreto-lei nº 1.892/81, que segue o mesmo fim. A nosso ver, é uma limitação lamentável face à falta de recursos nas empresas, esvaziando os objetivos nobres da política fiscal."

VI - Como se vê, não sô este foi o entendimento único e certo das empresas, mas da unanimidade dos especialistas. Infelizmente e, por omissão procedimental, a Fazenda deixou de publicar o parecer a que se referiu o ato declaratório, cerceando esclarecimentos, com ofensa ao § 35 do art. 153 da Constituição, exigindo socorro do contribuinte às garantias do § 35 do mesmo artigo. Por isso aquele Autor não teve oportunidade de examinar o citado parecer. Passemos, pois, a acrescentar o exame do inculcado "fundamento" do parecer, para vermos que nem este tem fundamento ou procedência.

VII - Realmente o Parecer CST 3.457 que o Ato Declaratório (Normativo) nº 17 declara nele se ter fundamentado, não tem nenhuma procedência, pois não resiste à mínima análise jurídica. Seu único pretendido fundamento é uma lastimável injuridicidade, ou melhor, flagrante ilegalidade, nestes termos:

"as operações de arrendamento mercantil sob exame já são pactuadas com a garantia expressa de que o imóvel possa re-tornar à propriedade do arrendatário. A opção de compra assegurada por lei é exercida unilateralmente, de sorte que a reaquisição do imóvel fica ao inteiro arbítrio do arrendatário, dessa forma, entendemos que essa peculiaridade das operações de "sale and leaseback" contraria frontalmente os objetivos que orientaram o Decreto-lei nº 1.892/74".

VIII - Essa afirmação, mais do que um sofisma, é um erro, pois ao contrário, o que o texto do art. 3º estatui é que, após o prazo de carência de 10 (dez) anos, contado da data da venda, o vendedor fica liberado ou com a faculdade de readquirir o imóvel. Tanto faz ter vendido por meio de uma escritura comum e depois de dez anos vir a recomprá-lo ou por meio do "sale and lease-back", ou outra cláusula de recompra ou de

retro-cessão, etc. A única condição é que a aquisição não seja feita antes de findo os dez anos de carência, nada mais.

IX - O texto do art. 3º, em bom português, e como diria o grande Neumark, o mais transparente possível, reza:

Art. 3º - Perderá o direito à exclusão de que trata o art. 1º o contribuinte que, no prazo de 10 (dez) anos contado da data de venda ou da cessão, readquirir o imóvel vendido ou a participação societária cedida.

Este texto é o mesmo que dizer: "não perderá o direito à exclusão de que trata o art. 1º o contribuinte que, após o prazo de 10 (dez) anos contado da data de venda ou da cessão, readquirir o imóvel vendido ou a participação societária cedida".

X - Entretanto, pior do que esse parecer é o malfadado Ato Declaratório (Normativo) que foi baixado, não só porque não tem nenhum fundamento, mas porque não é sequer ato competente para "legislar" e muito menos para revogar ou alterar o Decreto-lei.

XI - A isenção concedida pelo Decreto-lei nº 1.892, além de ter a natureza

de um incentivo e portanto o caráter de interesse público nacional, foi concedida sob condições onerosas, inclusive submetida a prazo fatal de carência e todos esses requisitos foram integralmente atendidos pela ora consulente.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional, que de acordo com o § 1º, art. 18 da Constituição é lei complementar desta, com a função de estabelecer "as normas gerais de direito tributário" e as "limitações constitucionais do poder de tributar", como parte integrante do estatuto do cidadão-contribuinte, em seu artigo 178 proíbe que a isenção concedida por prazo certo e em função de determinadas condições possa ser revogada ou modificada, sequer, pelo legislador.

XII - Como acentua o saudoso Mestre Aliomar Baleeiro, na 10a. edição Forense, 1981, de seu clássico livro Direito Tributário Brasileiro, pág.593, o Supremo Tribunal Federal,

"...em sucessivos casos, assentou jurisprudência no sentido de que as isenções concedidas por prazo certo e sob condição onerosa não podem ser livremente suprimidas (Pleno: R.M.S. 14.101, GALLOTTI, 29.04.65, R.T.J. 33/291; R.M.S. 14, 174, V.Nunes, 13.04.65, R.T.J. 33/177; E.R.E. 51.680, V.Nunes, 29.04.

65, R.T.J. 33/67; R.E. 51.534, V.Bôas, 4.12.62, R.E. 54.773-Pb, Gallotti, de 23.07.64; R.E. 51.680-Pb, Gallotti, de 18.04.63; R.E. 33.356, de 12.04.57; R.M.S. 7.828, 11.01.61; R.M.S. 9.507, de 13.06.62; R.E. 51.160, de 09.08.63; R.E. 12.554, 29.04.64, D.J. 11.06.64, p. 1.792; R.E. 49.423, de 07.08.62; R.M.S. 11.210, 06.12.63, D.J. 30.04.64, p.187 etc.)".

XIII - Num dos mais completos verbetes do maior e melhor dicionário enciclopédico do Direito Tributário e das Ciências Fiscais já publicado (HwStR), o Ministro da Suprema Corte Fiscal da República Federal da Alemanha, Prof. Heinrich Beisse, tratando dos incentivos fiscais esclarece que reiterada e uniformemente aquela Corte, tendo em vista o interesse público, isto é, econômico e sócio-político dos incentivos, jamais permite nesse campo a interpretação restritiva em prejuízo dos contribuintes. Estes confiaram nos textos legais finalísticos (como é o caso do texto objetivado na lei brasileira, que visa "estimular a capitalização"), não pode o intérprete empregar interpretação restritiva. Ao contrário, todos os acórdãos declaram que para ser alcançado o estímulo desejado pelo Poder Público, nesse campo, a interpretação é teleológica, finalística, am

pliativa ou liberal. Veja-se neste sentido o texto original e os acórdãos citados:

"Bei Wirtschafts und Sozialpolitischen Begünstigungstatbeständen neigt die Rspr. dazu, der extensiven - Interpretation den Vorzug zu geben (BFH 58, 138; 59, 110; 60, 326; 81, 598)."

Texto que traduzido para nosso idioma significa:

"Em relação às hipóteses ou textos concessivos de incentivos fiscais, econômicos e político-sociais, a jurisprudência é no sentido de preferir a interpretação finalística ou extensiva (neste sentido vejam-se os acórdãos da Suprema Corte Fiscal 58, 138; 59, 110, 60, 326; 81, 598)."

XIV - Ora, no caso da presente Consulta, o autor do parecer, mais do que interpretação restritiva chegou a se utilizar da interpretação AB-ROGANTE, onde não existe nenhum conflito de textos e portanto apenas usurpando função do legislador ou, pior ainda, contra os textos literais da lei que concede e garante o incentivo fiscal condicionado e cumprido dentro de todos os requisitos pré-estabelecidos. O parecer procurou simplesmente negá-los como se fosse permitido àque

le funcionário, por meio de errônea interpretação, ferir o ato jurídico perfeito e o direito adquirido do do contribuinte.

Porém, mais absurdo ainda foi a expedição do "Ato Declaratório Normativo", porque a autoridade administrativa que o expediu não tinha, como não tem, "poder legiferante" e portanto usurpou competência privativa do Poder Legislativo, praticando ato nulo.

XV - Em conclusão, a nosso ver a Consulente não deve tomar conhecimento do citado "Ato Declaratório (Normativo) CST nº 17", por ser ato insanavelmente nulo, juridicamente inexistente.

Entretanto, se o desejar, pode "ad cautelam" impetrar mandado de segurança preventivo ou, se for autuada, repressivo.

Este é o nosso parecer, s.m.j.
São Paulo, 25 de fevereiro de 1983

(*) Nota para esta publicação:

O Banco Central do Brasil, pela Resolução nº 908, de 5.4.84 (D.O.U. de 6.4.84), item I, veio permitir esta operação com o próprio vendedor do bem arrendado. Também pela Resolução nº 980, de 13.12.84 (D.O.U. de 14.12.84), aprovou o Regulamento cujos arts.12 e 15, § 2º expressamente a autoriza. A solução antecipada pelo parecer acima, sem dúvida está, oficial e definitivamente confirmada.