



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000513129

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0293372-39.2011.8.26.0000, da Comarca de Capivari, em que é agravante BANCO GMAC S/A, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE CAPIVARI.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente) e OCTAVIO MACHADO DE BARROS.

São Paulo, 20 de setembro de 2012.

João Alberto Pezarini
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Voto nº 13534

Agravo de Instrumento nº 0293372-39.2011.8.26.0000

Agravante: Banco GMAC S/A

Agravado: Município de Capivari

Comarca: Capivari

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Declaratória c.c. cumulado de anulação de lançamentos fiscais – Antecipação de tutela independentemente de depósito do valor do tributo – Possibilidade. Inteligência do artigo 151, V, do Código Tributário Nacional, bem como do artigo 273 do Código de Processo Civil – Suspensão da exigibilidade do crédito que independe, na espécie, de qualquer depósito.

ISSQN – Alegação de incidência no tocante a receitas provenientes de arrendamento mercantil – Improcedência. Contrato de natureza complexa – Aparente preponderância de obrigação de dar, não de fazer (prestação de serviços) – Verossimilhança do direito invocado na petição inicial – Presença dos requisitos autorizadores de medida – Decisão reformada. Recurso provido.

Trata-se de agravo de instrumento em face de decisão¹ que indeferiu pleito de antecipação de tutela, consistente na suspensão da exigibilidade dos créditos tributários impugnados (objeto do auto de infração 55/2010 – imposto sobre serviços de qualquer natureza).

Aponta desnecessidade de prévio depósito do montante do tributo.

Sustenta que o imposto não é devido ao Município de Capivari.

Diz que o auto de infração encontra-se eivado de nulidade, na medida em que aponta como base de cálculo do imposto, o valor total do bem arrendado descrito nos contratos de arrendamento mercantil, quando na verdade deveria corresponder ao preço do serviço pago pela operação de *leasing*.

Diz presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, necessários à concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

¹ Em ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária com pedido cumulado de anulação de lançamento fiscal

Daí, pede reforma

Recebido e processado, com efeito suspensivo, dispensadas informações, houve contraminuta (fls. 326/330), determinou-se imediato julgamento (fls. 331).

Eis, sucinto, o relatório.

Cumprе registrar, em caráter preliminar, que a suspensão da exigibilidade do crédito pode decorrer, entre outras hipóteses, de depósito do valor do tributo ou de concessão de tutela antecipada. Vejam-se, os incisos II e V do artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Na hipótese, pretende-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com fulcro no artigo 151, V, do Código Tributário Nacional, sem qualquer depósito.

A vinculação da antecipação dos efeitos da tutela a depósito do valor do imposto feriria o direito do contribuinte de ver suspensa a exigibilidade do crédito, quando configurada a hipótese do artigo 151, V, do Código Tributário Nacional.

Visto isso, tem-se que o agravo merece acolhida.

Da análise do auto de infração (fls. 71), verifica-se que as receitas sobre as quais se pretende fazer incidir o tributo provêm de arrendamento mercantil de veículos automotores (fls. 136/179).

A tese de que o tratamento jurídico a se dispensar às operações de arrendamento mercantil (“leasing”) é o de obrigação de dar afigura-se verossímil, porquanto trata-se de contrato complexo no qual, aparentemente, prepondera a locação de bens móveis.

Confira-se, a propósito, lição de Rogério de Miranda Tubino:

“Quando se tratou do conceito e natureza do leasing ficou claro que tal contrato não se resume a uma locação meramente. Entretanto, não se negou que a locação seja traço

preponderante do contrato de arrendamento mercantil. Destacou-se, na oportunidade, com base na lição de Orlando Gomes e Fran Martins, que o contrato de leasing é de natureza complexa, composto por traços característicos de figuras como a locação, a promessa unilateral de venda e, em alguns casos, de mandato.

(....)

“(...) A obrigação que prepondera e caracteriza as operações de leasing é obrigação de dar, sendo, por conseguinte, inconstitucional a incidência de ISS sobre arrendamento mercantil.

“Percebe-se claramente que ao pretender tributar uma obrigação de dar arrendamento mercantil os Municípios extrapolam a competência que lhes foi outorgada pela Constituição Federal.”

“A Constituição Federal conferiu aos Municípios competência para tributar os serviços definidos em lei complementar, sendo certo que, como visto acima, serviço consiste sempre em obrigação de fazer, de maneira que qualquer pretensão municipal de se exigir ISS sobre uma atividade que compreenda uma obrigação de dar é inconstitucional.”²

Convém citar, ademais, o ensinamento de Aires F. Barreto:

“Dessas lições, fica robustecida a conclusão de que locação de bens e arrendamento mercantil não configuram prestação de serviço. Locar ou arrendar coisa móvel não é prestar serviço. Não corresponde a nenhum conceito de serviço. Logo, os

² “Leasing (arrendamento mercantil) e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza”, in “ISS na Lei Complementar nº 116/2003”, coordenador Rodrigo Brunelli Machado, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2004, páginas 84 e 86

Municípios não são competentes para exigir ISS sobre esses fatos. Em conseqüência, são inconstitucionais, tanto a Lei Complementar 56/87, como as leis municipais que os prevêm como hipótese de incidência do ISS.”³.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, no julgamento do recurso especial nº 797.948/SC, também se manifestou favorável à posição aqui adotada, conforme se extrai do seguinte trecho:

“Destarte, revela-se inarredável que a operação de arrendamento mercantil não constitui prestação de serviço (obrigação de fazer), escapando, portanto, da esfera da tributação do ISS pelos municípios. ”.

Bem por isso, demonstrada a verossimilhança das alegações tecidas na exordial, cabível a antecipação dos efeitos da tutela.

Posto isso, **dá-se provimento** ao agravo.

João Alberto Pezarini
Relator

³ in “ISS na Constituição e na Lei”, São Paulo: Dialética, 2ª edição, página 168