



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000480868

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0098170-90.2012.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é agravante BANCO GMAC S/A, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE MARILIA.

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, 13 de setembro de 2012.

João Alberto Pezarini
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Voto nº 13324

Agravo de Instrumento nº 0098170-90.2012.8.26.0000

Agravante: Banco GMAC S/A

Agravada: Prefeitura Municipal de Marília

Comarca: Marília

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Anulatória – Indeferida antecipação dos efeitos da tutela. Alegada incidência de ISS sobre receitas provenientes de arrendamento mercantil – 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 da notificação nº 112/2012, oriunda do Termo de Início de Fiscalização (TIF) nº 780/2011 – imposto sobre serviços de qualquer natureza).

Sustenta a presença da verossimilhança do alegado na exordial, sem necessidade de dilação probatória.

Diz presente o “periculum in mora”, dada a possibilidade concreta de execução do débito ora discutido.

Daí pede reforma

Recebido e processado, com efeito suspensivo, dispensadas informações, houve contraminuta (fls.813/828), determinou-se imediato julgamento (fls. 830).

Eis, sucinto, o relatório.

Da análise da notificação (fls. 56/105), verifica-se que as receitas sobre as quais se pretende fazer incidir o tributo provêm de arrendamento mercantil de veículos automotores.

A tese de que o tratamento jurídico a se dispensar às operações de arrendamento mercantil (“leasing”) é o de obrigação de dar afigura-se

¹ Em ação anulatória de lançamento fiscal (autos nº 344.01.2012.009115-0/000000-000 vinculado ao TIF nº 112/2012, no valor de R\$ 22.816,55

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

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

Ainda, 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 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 então 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, bem como a ameaça de lesão irreparável consubstanciada na possibilidade de constrição de patrimônio considerável da agravada, 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