

06



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

40

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACORDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB N°

ACÓRDÃO




Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n° 994.09.360874-2, da Comarca de Salto, em que é agravante BANCO MERCEDES BENZ DO BRASIL S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE BANCO DAIMLERCHRYSLER S/A) sendo agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SALTO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO ALBERTO PEZARINI (Presidente) e FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2010.



GERALDO XAVIER
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento 923.417-5/1-00

Agravante: Banco Mercedes-Benz do Brasil S/A

Agravado: Município de Salto

Comarca: Salto

Voto 17.335

Agravo de instrumento. Ação anulatória de lançamento fiscal com pedido cumulado de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária. Indeferimento de pleito de antecipação dos efeitos da tutela recursal. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Alegações de decadência e de não incidência do tributo no tocante a receitas provenientes de arrendamento mercantil. Contrato de natureza complexa. Aparente preponderância de obrigação de dar, não de fazer (prestação de serviços). Verossimilhança do quanto deduzido na minuta. Presença dos requisitos autorizadores de antecipação dos efeitos da tutela recursal. Suspensão da exigibilidade do crédito. Possibilidade de realização de novos lançamentos para evitar decadência. Recurso provido em parte.

Tempestivo agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto por Banco Mercedes-Benz do Brasil S/A contra decisório que, em ação anulatória de lançamento fiscal com pedido cumulado de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária em face do município de Salto, indeferiu, após sentença que julgou improcedente o pedido, requerimento de antecipação dos efeitos da tutela recursal (folhas 262).

Sustenta-se não incidir imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) no tocante a receitas oriundas de operações de arrendamento mercantil, visto como estas não configuram prestação de serviço, antes envolvem obrigação de dar; afiança-se inaplicável a Súmula 138 do Superior Tribunal de Justiça ao caso dos autos, assevera-se nula a notificação do lançamento porque não descreve corretamente o fato gerador do tributo; afirma-se incorreta a base de cálculo adotada pelo agravado, pois não corresponde ao “preço” da operação de “leasing”; argui-se decadência porque o crédito consubstanciado no auto de infração 46/2006 não foi constituído no lustro previsto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário

991.09.360871-2



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nacional, tampouco no estipulado no artigo 173, I, do mesmo diploma; argumenta-se que o réu não tem competência para exigir o tributo, pois o estabelecimento comercial do recorrente situa-se em outro município; aduz-se confiscatória a multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o débito; reputa-se indevida a utilização de índice de atualização monetária criado pelo réu; pleiteia-se antecipação dos efeitos da tutela recursal para que se suspenda, até julgamento do apelo já ofertado, a exigibilidade do imposto em comento, almeja-se, outrossim, que o recorrido se abstenha de doravante exigir o tributo e de inscrever os respectivos créditos em dívida ativa.

Recebido e processado o agravo, com efeito ativo, dispensaram-se as informações a que alude o artigo 527, IV, do Código de Processo Civil; a despeito de intimado a fazê-lo, o município não ofertou contraminuta.

Eis, sucinto, o relatório.

O reclamo comporta parcial provimento.

Com efeito.

Conforme já consignado no julgamento do agravo de instrumento 607.546-5, cujo respectivo acórdão encontra-se copiado a folhas 1.042 a 1.045, a tese de decadência parece verossímil.

Como não houve recolhimento antecipado do imposto, aplicável à espécie o estatuído no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional:

“Art 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

“I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Dado que o auto de infração foi lavrado em 12 de julho de 2006 (folhas 73 e 74), plausível se afigura o argumento de decadência do direito de lançar crédito tributário cujo fato gerador ocorreu em 1999, como no caso vertente.

De anotar, doutra banda, que a receita sobre a qual se pretende fazer incidir o tributo provém de arrendamento mercantil de veículo automotor (folhas 73 e 74) Mister reconhecer, pois, também verossímil a alegação de que o tratamento jurídico que se lhe deve dispensar é o de obrigação de dar, porquanto trata-se de contrato complexo no qual, aparentemente, prepondera a locação de bens móveis. Confira-se, a propósito, o escólio 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

maneira que qualquer pretensão municipal de se exigir ISS sobre uma atividade que compreenda uma obrigação de dar é inconstitucional.” (“*Leasing* (arrendamento mercantil) e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza”, in “*ISS na Lei Complementar n° 116/2003*”, coordenador Rodrigo Brunelli Machado, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2004, páginas 84 e 86).

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 Municípios não são competentes para exigir ISS sobre esses fatos. Em consequência, são inconstitucionais, tanto a Lei Complementar 56/87, como as leis municipais que os prevêem como hipótese de incidência do ISS.” (in “*ISS na Constituição e na Lei*”, São Paulo: Dialética, 2ª edição, página 168)

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

“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. ”

Em suma: demonstrada a verossimilhança das alegações tecidas na minuta, cabível a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

A Súmula 138 do Superior Tribunal de Justiça não constitui empeco ao acolhimento da pretensão deduzida pelo agravante, visto como a discussão aqui travada entende com tema de natureza constitucional, o qual extrapola o âmbito de competência da mencionada corte

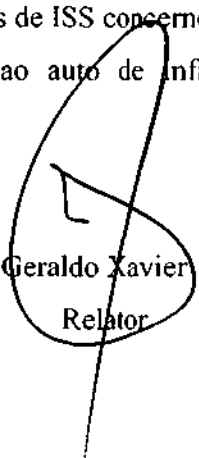


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Súmula mencionada no anterior parágrafo, como proclama o próprio Superior Tribunal de Justiça, refere-se apenas à legalidade da exigência fiscal diante do que, à época de sua edição, previa a norma federal. O debate que no caso vertente se celebra, porém, gira em torno da constitucionalidade da incidência do tributo quando a receita decorra de arrendamento mercantil, assunto estranho à Súmula 138. Veja-se, a propósito, o julgamento do recurso especial 797.948/SC, relator designado o Ministro Luiz Fux.

Por fim, convém notar que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo ao auto de infração aqui considerado não impede o município de efetuar lançamentos futuros ao fito de evitar decadência. Só mesmo depois de transitar em julgado eventual declaração de inexistência da relação jurídico-tributária é que se poderá impedir a realização de novos lançamentos, pena de perecimento de eventual direito de constituir os respectivos créditos (Código de Processo Civil, artigo 273, § 2º).

Posto isso, dá-se parcial provimento ao agravo: antecipam-se os efeitos da tutela recursal para suspender, até julgamento do apelo já interposto pelo contribuinte, a exigibilidade de créditos de ISS concernentes a receitas oriundas de arrendamento mercantil, os relativos ao auto de infração 46/2006 inclusive.


Geraldo Xavier
Relator