



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



Vistos, relatados e discutidos estes autos de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO nº 768.843-5/0-02, da Comarca de AMERICANA, em que é embargante BANCO FIAT S/A sendo embargada PREFEITURA MUNICIPAL DE AMERICANA:

ACORDAM, em Décima Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, ACOLHERAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, VENCIDO O RELATOR SORTEADO, QUE DECLARARÁ. ACÓRDÃO COM O 2º JUIZ (DES. GERALDO XAVIER).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO ALBERTO PEZARINI (Presidente), OSVALDO PALOTTI JUNIOR.

São Paulo, 05 de novembro de 2009.


GERALDO XAVIER
Relator Designado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Embargos de Declaração 768.843.5/0-02

Embargante. Banco Fiat S/A

Embargada: Décima Quarta Câmara de Direito Público

Comarca: Americana

Voto 16.651

Embargos de declaração. Omissões. Configuração. Recurso acolhido.

Agravo. Ação anulatória de lançamentos fiscais com pedido cumulado de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária. Indeferimento de pedido de antecipação dos efeitos de tutela recursal. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Alegação de não incidência 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 direito invocado na minuta. Presença dos requisitos autorizadores de antecipação dos efeitos da tutela recursal. Suspensão da exigibilidade dos créditos. Agravo provido.

Tempestivos embargos de declaração, opostos por Banco Fiat S/A ao acórdão de folhas 502 a 505: alega-se que este padece das omissões arroladas a folhas 508 a 511. Pede-se sanação.

Eis, sucinto, o relatório.

É de se agasalhar o reclamo, porquanto o acórdão impugnado, ao negar provimento ao agravo de folhas 483 a 497, deixou de analisar se preenchidos, ou não, os requisitos da antecipação dos efeitos da tutela recursal: verossimilhança do direito invocado e receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Passa-se, pois, ao exame da matéria.

Ainda que o magistrado de primeiro grau tenha rejeitado o pleito formulado na petição inicial, de antecipação de tutela, nada obsta antecipação dos efeitos da tutela recursal, caso satisfeitos os requisitos para tanto, nos termos do artigo 558, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Nisso não se vislumbra nenhuma contradição.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Da análise dos autos de infração 8/2006, 10/2006 e 13/2006 verifica-se que as receitas sobre as quais se pretende fazer incidir o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) provêm de arrendamento mercantil de veículos automotores (folhas 38/53).

A alegação 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, 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 maneira que qualquer pretensão municipal de se exigir ISS sobre uma atividade que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

compreenda uma obrigação de dar é inconstitucional.” [*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].

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 prevêm 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:

“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 é mesmo a antecipação dos efeitos da tutela recursal. Até por que houve propositura de execução fiscal e há risco de penhora e excussão de bens.

A suspensão da exigibilidade dos créditos tributários consubstanciados nos autos de infração não impede o município de efetuar lançamentos futuros ao fito de evitar decadência. Só mesmo depois de transitar em julgado decisão declaratória de inexistência da relação jurídico-tributária respectiva é

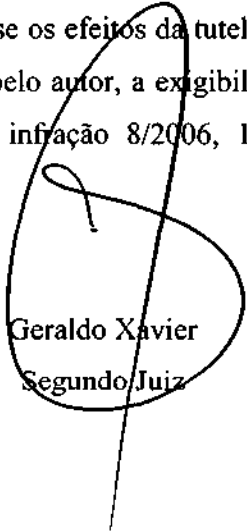


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que se poderão impedir novos lançamentos, pena de perecimento de eventual direito de constituir os créditos (Código de Processo Civil, artigo 273, § 2º).

Anote-se, por fim, que o autor deste voto alterou o seu pensamento sobre o assunto aqui ferido, como se deduz da leitura do acórdão prolatado no julgamento do agravo de instrumento 535.248/4, citado a folhas 335 e 336.

Posto isso, acolhem-se os embargos e, com estribo no artigo 558, parágrafo único, do Código de Processo Civil, dá-se provimento ao agravo de folhas 483 a 497: antecipam-se os efeitos da tutela recursal para suspender, até julgamento do apelo já interposto pelo autor, a exigibilidade dos créditos do imposto consubstanciados nos autos de infração 8/2006, 10/2006 e 13/2006.



Geraldo Xavier
Segundo Juiz



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DÉCIMA QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

-- voto nº 2446 --

Embargos de Declaração nº 768.843.5/0-02

Embargante: Banco Fiat S. A.

= DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO =

Dirirjo, evidentemente, da maioria.

Não existe, na decisão embargada, obscuridade, omissão ou contradição a se sanar. O Acórdão de interesse enfrentou **expressamente** os argumentos do embargante, desacolhendo-os, contudo.

O recurso, portanto, **não** satisfaz, como seria de rigor, qualquer das hipóteses elencadas no artigo 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

Assinatura manuscrita em tinta preta, consistindo de uma linha curva que se fecha para cima e para a esquerda, cruzando uma linha horizontal e uma linha vertical que se estendem para a direita e para baixo, respectivamente.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DÉCIMA QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Estes embargos, na realidade, guardam nítido e exclusivo **caráter protelatório**.

Com efeito. A fls. 510, o embargante sustenta a incorreção da decisão, ao alegar, ipsis literis:

Deveras, ao contrário do que entendeu a r. decisão, é patente a presença da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação no presente caso, seja pela impossibilidade da cobrança de ISS nas operações de arrendamento mercantil, eis que tais obrigações consistem em obrigação de dar e não de fazer, seja pela inexistência de um Executivo Fiscal já ajuizado, inclusive com a citação da ora Embargante.

Verifica-se, portanto, que o embargante **não** pretende sanar qualquer obscuridade ou colmatar qualquer omissão no Acórdão recorrido. Quer, no fundo, e tão-somente, **reformar** a decisão que lhe foi desfavorável.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DÉCIMA QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Além disso, o embargante alega que a decisão atacada deixou de apreciar o pedido de antecipação de tutela (cf. fls. 510).

Entretanto, nesse tocante, o Acórdão embargado é claro e preciso. Faz, já em sua ementa, menção ao pedido e às razões pelas quais ele foi indeferido e, a fls. 504, ele arrosta a questão posta para julgamento.

A alegação de omissão no Acórdão, logo se vê, é inteiramente gratuita.

Aliás, a respeito da reiteração de argumentos, o **Superior Tribunal de Justiça** já decidiu, verbis:

A reiteração de alegações é conduta reprovável e demonstra o caráter exclusivamente protelatório do presente recurso" (STJ-5ª T., RMS 14.990 – EDcl-EDcl, Rel. Ministro Arnaldo Esteves, j. 10.05.07, DJU 28.05.07).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DÉCIMA QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Totalmente descabida, por fim, a afirmação de que a decisão embargada omitiu-se sobre o artigo 110, do Código Tributário Nacional, já que, em seu agravo regimental, o embargante sequer fez menção àquele texto.

Era de rigor, portanto, a aplicação da **multa** prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que se arbitrava em 1% sobre o valor atribuído à ação anulatória de que se cuida.

Ante o exposto, pelo meu voto, e sem qualquer hesitação, **rejeitavam-se os embargos de declaração** e impunha-se ao embargante **multa** de 1% do valor da causa.

Oswaldo Palotti Junior

-- Relator Sorteado --