



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

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

ACÓRDÃO

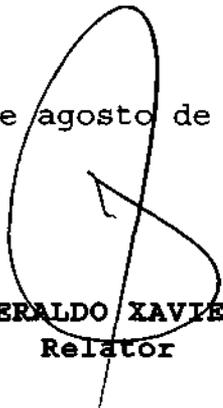


Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 896.735-5/2-00, da Comarca de RIO CLARO, em que é agravante VOLKSWAGEN LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL sendo agravada PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO CLARO:

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

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

São Paulo, 27 de agosto de 2009.



GERALDO XAVIER
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento 896.735-5/2-00

Agravante: Volkswagen Leasing S/A

Agravado: Município de Rio Claro

Comarca: Rio Claro

Voto 16.665

Agravo de instrumento. Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária com pedido cumulado de anulação de lançamentos fiscais. Indeferimento de pedido de antecipação de tutela. Nulidade do decisório. Não-configuração. Fundamentação sucinta que se não confunde com falta dela.

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. Suspensão da exigibilidade dos créditos. Recurso provido.

Tempestivo agravo de instrumento, com pleito de concessão de efeito ativo, interposto por Volkswagen Leasing S/A contra decisório que, em ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária com pedido cumulado de anulação de lançamentos fiscais em face do município de Rio Claro, indeferiu pleito de antecipação de tutela e deixou de suspender a exigibilidade dos créditos tributários impugnados (imposto sobre serviços de qualquer natureza - auto de infração 399/2008).

Suscita-se nulidade da decisão agravada por falta de fundamentação; sustenta-se nulo o auto de infração mencionado no antecedente parágrafo por desrespeito ao disposto nos artigos 10, VI, do Decreto 70.235/72 e 55 da Lei Municipal 3.020/98 (falta do número da matrícula da autoridade que efetuou a lavratura); assevera-se que o lançamento viola o artigo 142, “caput”, do Código Tributário Nacional, bem como os princípios da ampla defesa e do contraditório (não menciona o valor nem o fundamento legal da multa, não refere a data em que prestados os serviços nem a base de cálculo e a alíquota do imposto, tampouco os índices de juros e de correção monetária); pondera-se que o arbitramento



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do montante do imposto, levado a cabo pelo Fisco, não atende ao estatuído no artigo 148 do Código Tributário Nacional; afiança-se, com estribo no artigo 110 do diploma por último referido, não incidir o imposto no tocante a receitas oriundas de arrendamento mercantil, visto como não há prestação de serviço; ressalta-se a inaplicabilidade da Súmula 138 do Superior Tribunal de Justiça ao caso dos autos; alega-se que Rio Claro não é competente para exigir o tributo, pois o estabelecimento prestador dos serviços situa-se em outro município; pleiteia-se antecipação dos efeitos da tutela para que se suspenda a exigibilidade do imposto consubstanciado no auto de infração 399/2008.

Recebido e processado o reclamo, 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 deixou de ofertar contraminuta.

Eis, sucinto, o relatório.

Cumprе registrar, em caráter propedêutico, que o decisório impugnado não viola o disposto no artigo 93, IX, da Magna Carta. O magistrado indeferiu o pedido de antecipação de tutela por entender que “não se verifica, de plano, perigo de dano irreparável ou de difícil reparação na concessão ao réu de direito de defesa na presente ação. Outrossim, caso a requerida ingresse com ação judicial específica, os mesmos fundamentos da ação ora ajuizada pode (*sic*) suspender o curso de eventual execução fiscal”. Motivação, destarte, há, conquanto sucinta (folhas 64).

Tecidas tais vestibulares considerações, mister admitir que o reclamo merece abrigo.

Com efeito.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Da análise do auto de infração verifica-se que as receitas sobre as quais se pretende fazer incidir o tributo provêm de arrendamento mercantil (folhas 129).

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 compreenda uma obrigação de dar é inconstitucional.” [“*Leasing* (arrendamento



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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:

“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.

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

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

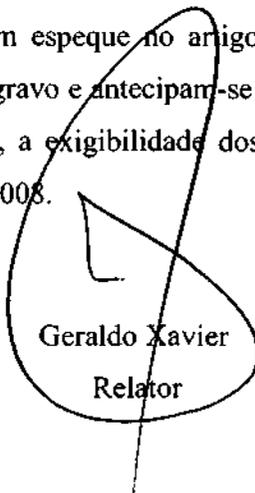


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

O perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito com que acena a agravante ressumbra da possibilidade de, a qualquer momento, os créditos tributários serem inscritos na dívida ativa do município, caso se não antecipem os efeitos da tutela.

Posto isso, com espeque no artigo 151, V, do Código Tributário Nacional, dá-se provimento ao agravo e antecipam-se os efeitos da tutela para suspender, até que se prolate sentença, a exigibilidade dos créditos do imposto consubstanciados no auto de infração 399/2008.



Geraldo Xavier
Relator