

6



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

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




02449643

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 847.403-5/4-00, da Comarca de JUNDIAÍ, em que é agravante BANCO SOFISA S/A sendo agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ:

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, DERAM PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR SORTEADO. 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), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 18 de junho de 2009.



GERALDO XAVIER
Relator Designado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento 847.403-5/4-00

Agravante: Banco Sofisa Sociedade Anônima

Agravado: Município de Jundiaí

Comarca: Jundiaí

Voto 16.024

Agravo de instrumento. Ação anulatória de lançamento fiscal 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. 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 Sofisa Sociedade Anônima 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 Jundiaí, indeferiu, após sentença acolhedora do pedido, requerimento de antecipação dos efeitos de tutela recursal (folhas 207/210).

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 os fatos geradores do tributo, tampouco menciona os fundamentos legais da exigência



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de “multa punitiva” e do índice de atualização monetária; afirma-se que a base de cálculo a ser observada é o preço da operação de “leasing” e não o valor do bem arrendado, como quer o agravado; argui-se extinto o direito de o Fisco constituir os créditos tributários consubstanciados no auto de infração 2.272/06 porque decorrido mais de lustro entre os fatos geradores e a lavratura do documento (artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional); argumenta-se que o réu não tem competência para exigir o tributo, pois o estabelecimento prestador dos serviços situa-se em outro município; aduz-se confiscatória a multa de 64% (sessenta e quatro por cento) sobre o débito; ataca-se a utilização de índice de atualização monetária criado pelo município, dada a existência de índice previsto em lei federal; 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 que deixe de inscrever os débitos em dívida ativa.

Recebido e processado o recurso, sem efeito ativo, dispensaram-se as informações a que alude o artigo 527, IV, do Código de Processo Civil; na contraminuta argumenta-se correto o decisório profligado, pugna-se por sua manutenção.

Eis, sucinto, o relatório.

O reclamo comporta parcial provimento.

Com efeito.

Da análise do auto de infração verifica-se que as receitas sobre as quais se pretende fazer incidir o tributo provêm de arrendamento mercantil de veículos automotores (folhas 386 “usque” 406). Assim, a alegação de que o tratamento jurídico que se lhes deve dispensar é o de obrigação de dar, afigura-se verossímil, porquanto trata-se de contrato



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.” (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.

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.

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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por fim, convém notar que a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativos 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 a 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 2.272/2006 inclusive.

Geraldo Xavier
Segundo Juiz