



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

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



02311216

Vistos, relatados e discutidos estes autos de MEDIDA CAUTELAR nº 830.921-5/9-00, da Comarca de RIO CLARO, em que são requerentes BANCO ITAULEASING S/A E OUTRO sendo requerida 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: "POR V.U. JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO. DECLARARÁ VOTO VENCEDOR O 2º JUIZ (DES. JOÃO ALBERTO PEZARINI).", 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, 12 de fevereiro de 2009.


GERALDO KAVZER
Relator



1

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Medida Cautelar 830.921-5/9-00
Requerente: Banco Itauleasing S/A
Requerido: Município de Rio Claro
Comarca: Rio Claro
Voto 15.260

Medida Cautelar. Pretensão de suspender a exigibilidade de créditos tributários até julgamento de apelação contra sentença que, em embargos a execução fiscal, rejeitou o pedido. 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). Presença de “fumus boni iuris” e de “periculum in mora”. Pedido procedente

Cuida-se de medida cautelar, ajuizada por Banco Itauleasing S/A em face do município de Rio Claro, com fundamento no artigo 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Almeja o requerente suspender a exigibilidade de créditos de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), cobrados na execução 510.01.2005.008991-1 (número de ordem 2441/2005), em trâmite na Vara do Serviço Anexo Fiscal de Rio Claro; observa que a cobrança diz com receitas oriundas de arrendamento mercantil (auto de infração 888/2004); pondera que apresentou apelo contra a sentença rejeitadora dos embargos à execução, mas o recurso foi recebido sem efeito suspensivo; afiança que o prosseguimento da cobrança, com execução da fiança bancária garantidora do juízo, poderia acarretar-lhe lesão grave e de difícil reparação, visto como a recuperação do dinheiro, na hipótese de acolhimento do apelo, exigiria expedição de precatório.

Deferida medida liminar, e citado o requerido, sobreveio contestação: sustenta-se inexistir “fumus boni iuris”, pouco “periculum in mora”; alega-se não ter efeito suspensivo o recurso contra sentença rejeitadora de embargos do devedor (artigo 520, V, do Código



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de Processo Civil); observa-se, com espeque na Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça, que a certidão de dívida ativa é título executivo extrajudicial e, por isso, a execução é definitiva; pleiteia-se, por fim, a improcedência do pedido.

Eis, sucinto, o relatório.

A hipótese admite que se conheça do mérito desde logo, nos termos dos artigos 803, parágrafo único, e 330, I, primeira parte, do Código de Processo Civil.

Cumpre registrar, em caráter propedêutico, que esta ação cautelar não tem por escopo atribuir efeito suspensivo a apelação, tampouco se pretende tornar provisória a execução de título executivo extrajudicial; o que se busca aqui é suspender a exigibilidade de créditos tributários, nos termos do artigo 151, V, do Código Tributário Nacional. Não há falar, pois, em falta de interesse de agir.

Tecidas tais vestibulares considerações, mister admitir que o pedido é procedente.

Com efeito.

Da análise da certidão de dívida ativa verifica-se que as receitas sobre as quais se pretende fazer incidir o tributo provêm de arrendamento mercantil.

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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

.....
 “(...) 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 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(obrigação de fazer), escapando, portanto, da esfera da tributação do ISS pelos municípios. ”.

A Súmula 138 do Superior Tribunal de Justiça não constitui empecilho ao acolhimento da pretensão deduzida pelo requerente, 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.

Em resumo: os elementos de convicção conduzem, inexoravelmente, ao acolhimento da pretensão deduzida no petítório inicial.

Posto isso, julga-se procedente o pedido e, com arrimo no artigo 151, V, do Código Tributário Nacional, suspende-se, até julgamento do apelo interposto nos embargos à execução fiscal antes referida, a exigibilidade do imposto consubstanciado no auto de infração 888/2004. Condena-se o município, outrossim, a pagar as despesas do feito e os honorários advocatícios de R\$ 500,00 (quinhentos reais – artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil).

Geraldo Xavier
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 3467

Medida Cautelar nº 830.921-5/9-00

Requerente: Banco Itauleasing S/A

Requerida: Prefeitura Municipal de Rio Claro

Comarca: Rio Claro

Voto Relator Desembargador Geraldo Xavier nº 15.260

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

Vistos.

Visando suspender a exigibilidade dos respectivos créditos tributários, até o julgamento do apelo interposto contra decisão que rejeitou embargos opostos à execução nº 510.01.2005.008991-1, ajuizou a executada a presente medida cautelar originária, nos termos do parágrafo único, do artigo 800, do Código de Processo Civil.

Com efeito, tenho entendido que não se mostra adequada a via eleita pelo requerente, em face da ampliação dos poderes conferidos ao relator da apelação pela atual legislação, que prevê, inclusive, a figura da antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Ora, se é permitido ao relator antecipar a tutela recursal, emitindo autêntico julgamento provisório do mérito, igualmente também lhe é facultado, mediante a necessária provocação da parte, apreciar pedido de tutela cautelar, deduzido nos autos da apelação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Lembre-se que o Código de Processo Civil, em seu artigo 273, parágrafo 7º, permite ao julgador, nos casos em que a parte, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, desde que presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida em caráter incidental do processo ajuizado.

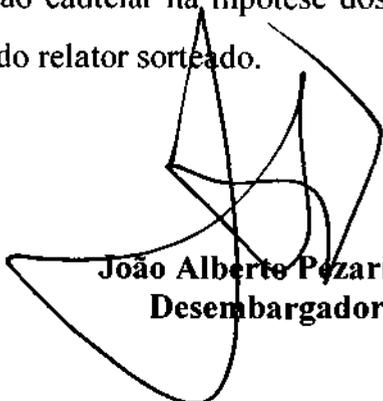
Dai se pode concluir que inexistente obstáculo para que tal ocorra também em sede recursal, ou seja, nos autos da apelação, tudo a demonstrar a inadequação da presente medida, com vistas à suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Entretanto, tendo em vista que a presente medida cautelar já foi processada, por questão de economia processual, dela conheço, acompanhando, quanto ao mérito, o voto do relator sorteado, Desembargador Geraldo Xavier.

Isso porque, parece relevante a alegação do autor de que o ISS não é devido nas operações de leasing, vez que tal pressupõe a locação de bens móveis, não implicando, portanto, efetiva obrigação de fazer consistente na prestação de serviços.

Assim, impõe-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário executado, a fim de evitar a imediata liquidação da carta de fiança ofertada como garantia, conforme determinado pelo juiz de primeiro grau (fls. 405).

Diante do exposto, ressaltando meu entendimento quanto ao descabimento da ação cautelar na hipótese dos autos, **julgo procedente** o pedido, nos termos do voto do relator sorteado.


João Alberto Pizarini
Desembargador