



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

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



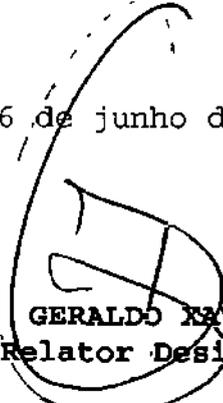
\*01826432\*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 701.428-5/2-00, da Comarca de ITAPIRA, em que é agravante BANCO DAIMLERCHRYSLER S/A sendo agravada PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPIRA:

**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 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), GONÇALVES ROSTEY.

São Paulo, 26 de junho de 2008.

  
GERALDO XAVIER  
Relator Designado



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento 701.428-5/2-00

Agravante: Banco DaimlerChrysler Sociedade Anônima

Agravado: Município de Itapira

Comarca: Itapira

Voto 14.484

**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 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 Possibilidade de realização de novos lançamentos para evitar decadência. Recurso provido em parte.**

Tempestivo agravo de instrumento, com pleito de concessão de efeito ativo, interposto por Banco DaimlerChrysler Sociedade Anônima 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 Itapira, indeferiu pleito de antecipação de tutela e deixou de suspender a exigibilidade dos créditos tributários impugnados (objeto do auto de infração 8/2007).

Sustenta-se nula a notificação dos lançamentos porque desrespeita o disposto no artigo 142, "caput", do Código Tributário Nacional (não descreve corretamente os fatos geradores do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS); assevera-se que a base de cálculo a se levar em consideração é o preço pago pela operação de "leasing" e não o valor do bem arrendado, como quer o agravado; pondera-se que os lançamentos, efetuados por arbitramento, não observam o estatuído pelo artigo 148 do Código Tributário Nacional; argúi-se



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

decadência, com espeque no artigo 150, § 4º, do mesmo diploma; alega-se que Itapira não é competente para exigir o tributo, pois o estabelecimento prestador dos serviços situa-se em outro município; ressalta-se a inaplicabilidade da Súmula 138 do Superior Tribunal de Justiça ao caso dos autos; afiança-se não incidir o imposto no tocante a receitas oriundas de operações de arrendamento mercantil, visto como estas não configuram prestação de serviço, antes envolvem obrigação de dar; verbera-se a exigência de multa por sonegação fiscal, porquanto indevido o imposto; 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 para que se suspenda a exigibilidade do imposto em comento, do consubstanciado no auto de infração 8/2007 inclusive; almeja-se, outrossim, que o recorrido se abstenha de doravante exigir o tributo e deixe de inscrever os débitos em dívida ativa.

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

Eis, sucinto, o relatório.

Registre-se, preambularmente, a oposição de embargos de declaração no tocante à decisão monocrática de folhas 345 e verso. A análise de tal inconformismo, entretanto, acha-se prejudicada em face do que a seguir se deliberará.

Tecidas as introdutórias considerações do precedente parágrafo, tem-se que o agravo merece parcial 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 de veículos automotores (folhas 50/51).

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. Confirma-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”,



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

A Súmula 138 do Superior Tribunal de Justiça não constitui empeco 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.



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 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 se sobrevier declaração da 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, julga-se prejudicada a análise dos embargos de declaração opostos a folhas 350 e 351. Outrossim, dá-se parcial provimento ao agravo: antecipam-se os efeitos da tutela para suspender, até que se prolate sentença, a exigibilidade de créditos de ISS concernentes a receitas oriundas de arrendamento mercantil, os relativos ao auto de infração 8/2007 inclusive.

Geraldo Xavier  
Relator Designado



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 701.428-5/2-00

COMARCA DE ITAPIRA

V.5471

Ouso dissentir da Douta Maioria.

Anote-se, de início, que a análise do pedido de fls. 350-351 está prejudicado, tendo em vista o julgamento do presente recurso.

Cumprе ressaltar que é perfeitamente possível a concessão de tutela antecipada como forma de suspensão da exigência do crédito tributário, por expressa previsão legal, diante do acréscimo do inciso V ao artigo 151 do Código Tributário Nacional, contemplado pela Lei Complementar nº 104/01

Nesse sentido, veja-se:

“TUTELA ANTECIPADA – Ação declaratória de inexistência de obrigação tributária e repetição de indébito – Concessão contra a Fazenda Pública para obstar a cobrança de taxas lançadas junto com o IPTU – Cabimento – Inocorrência de conflito com o princípio do duplo grau de jurisdição – Existência de previsão legal (artigo 151, V. do CTN, acrescentado pela Lei Complementar nº 104/01) de suspensão da exigibilidade do crédito tributário diante da antecipação – Presença, ademais, dos requisitos que ensejam a antecipação – Dispensa do pagamento das taxas determinado –



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

2

Recurso improvido ” (Primeiro Tribunal de Alçada Civil – Agravo de Instrumento nº 1.090 489-9 – Comarca de Birigui – 6ª Câmara – Relator Juiz Massami Uyeda – j. 20.08.2002, v.u.)

Todavia, há entendimento jurisprudencial assentado na Súmula 138 do E Superior Tribunal de Justiça acerca da incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre a atividade de leasing ou arrendamento mercantil.

Assim sendo, mostra-se inviável a concessão da tutela antecipada visando impedir o Fisco de lançar e cobrar o tributo em questão porquanto ausente a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, nos termos do “caput” do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Por tais razões, e pelo meu voto, NEGAVA provimento ao recurso.

  
**JOSÉ GONÇALVES ROSTEY**  
**Desembargador Relator**