

6



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 AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 586.607-5/3-00, da Comarca de RIO CLARO, em que são agravantes BANCO FIAT S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE FIAT LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL) E OUTRO 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 RECURSO. V.U. ACÓRDÃO COM O 3º 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, sem voto), GONÇALVES ROSTEY e CARLOS DE CARVALHO.

São Paulo, 24 de abril de 2008.

**GERALDO XAVIER**  
Relator Designado



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento 586.607-5/3-00

Agravante(s): Banco Fiat S/A (Fiat Leasing S/A Arrendamento Mercantil)

Banco Itaú S/A

Agravado(s): Município de Rio Claro

Comarca: Rio Claro

Voto 14.139

**Agravo de instrumento. Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária com pedido cumulado de anulação de lançamentos fiscais. 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.**

Tempestivo agravo de instrumento, com pleito de concessão de efeito ativo, interposto por Banco Fiat S/A (Fiat Leasing S/A Arrendamento Mercantil) e por Banco Itaú 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, após sentença parcialmente acolhedora do pedido, requerimento de antecipação dos efeitos de tutela recursal.

Sustenta-se nulo o auto de infração lavrado pelo município porque desrespeita o disposto no artigo 142, "caput", do



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Código Tributário Nacional (não descreve os fatos geradores do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS); argúi-se decadência, com espeque no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional; afiança-se não incidir o tributo sobre receitas oriundas de operações de arrendamento mercantil, visto como elas não configuram prestação de serviço, antes envolvem obrigação de dar; assevera-se que a base de cálculo do ISS é o preço do “leasing”, não o valor do bem arrendado; pondera-se descabida multa sobre o principal acrescido de juros moratórios; alega-se que Rio Claro não é competente para exigir o tributo, tendo em conta que o estabelecimento prestador dos serviços situa-se em outro município; pleiteia-se antecipação dos efeitos da tutela recursal para que se suspenda a exigibilidade de créditos de ISS provenientes de receitas auferidas com arrendamento mercantil, bem como para que o recorrido, além de doravante se abster de exigir o tributo, deixe de inscrever os débitos em dívida ativa.

Recebido e processado o reclamo, sem efeito ativo, requisitaram-se as informações a que alude o artigo 527, IV, do Código de Processo Civil (folhas 11169/1170); na contraminuta argumentou-se correto o decisório profligado, pugnou-se por sua *manutença*.

Eis, sucinto, o relatório.

De observar, em caráter propedêutico, que a circunstância de o pedido formulado pelo Banco Fiat S/A ter sido por inteiro rejeitado é irrelevante no que diz com o exame do pleito de antecipação dos efeitos da tutela recursal. Isso porque para a concessão desta basta o preenchimento dos requisitos de verossimilhança do direito invocado e de receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Ainda que o magistrado de primeiro grau rejeite o pedido, poderá antecipar a tutela recursal se entender satisfeitos os requisitos para tanto. Nisso não se vislumbre nenhuma contradição.



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tecidas tais vestibulares considerações, impende admitir que o agravo merece abrigo.

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 42/48).

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



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

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 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 é mesmo a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

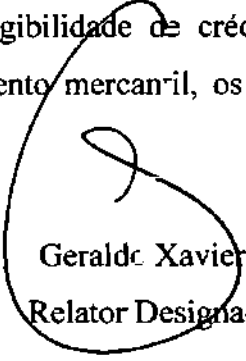
Por fim, convém notar que a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativos ao auto de infração aqui considerado não impede o município de efetuar lançamentos futuros ao fito de evitar decadência. Só mesmo depois de transitar em julgado a declaração de inexistência da relação jurídico-tributária é que se poderá impedir a realização



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

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 provimento ao agravo: antecipam-se os efeitos da tutela recursal para suspender, até julgamento do apelo já interposto pelos contribuintes, a exigibilidade de créditos de ISS concernentes a receitas oriundas de arrendamento mercantil, os relativos ao auto de infração 415/04 inclusive.

  
Gerald Xavier  
Relator Designado