

6

Jurisprudência



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 nº 716.077-5/4-00, da Comarca de INDAIATUBA, em que é agravante BANCO DAIMLERCHRYSLER S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE DAIMLERCHRYSLER ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A) sendo agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE INDAIATUBA:

ACORDAM, em Décima Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL, NOS TERMOS QUE CONSTARÃO DO ACÓRDÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO ALBERTO PEZARINI (Presidente), MARINO NETO.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2008.

GERALDO XAVIER
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento 716.077-5/4-00

Agravantes: Banco DaimlerChrysler Sociedade Anônima

Agravado: Município de Indaiatuba

Comarca: Indaiatuba

Voto 13.807

Agravo de instrumento. Ação anulatória de lançamentos fiscais com pedido cumulado de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária. Antecipação de tutela independentemente de depósito do valor do tributo. Possibilidade. Inteligência do artigo 151, V, do Código Tributário Nacional, bem como do artigo 273 do Código de Processo Civil. Suspensão da exigibilidade do crédito que independe, na espécie, de qualquer depósito.

Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Alegação de não-incidência no tocante a receitas provenientes de arrendamento mercantil. Procedência. 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. Recurso a que se dá parcial provimento.

Tempestivo agravo de instrumento, com pleito de concessão de efeito ativo. interposto por Banco DaimlerChrysler Sociedade Anônima contra decisório que, em ação anulatória de lançamentos fiscais com pedido cumulado de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária em face do município de Indaiatuba, condicionou o agasalhar requerimento de antecipação de tutela, este ao fito de suspender a exigibilidade do crédito tributário objeto do auto de infração 58/07 (imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS), a integral depósito em dinheiro do respectivo valor (folhas 131 “usque” 136).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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); assevera-se que a base de cálculo do ISS é o preço pago pela operação de “leasing” e não o valor do bem arrendado, como quer o agravado; pondera-se que os lançamentos por arbitramento não observam o estatuído pelo artigo 148 do Código Tributário Nacional; ressalta-se a inaplicabilidade da Súmula 138 do Superior Tribunal de Justiça ao caso dos autos; argumenta-se que a falta de recurso no âmbito administrativo não constitui empecilho a concessão de tutela antecipada na via judicial; 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, bem como a utilização da unidade fiscal de referência (ufir) como índice de atualização monetária dos débitos; pleiteia-se antecipação de tutela para que se suspenda a exigibilidade do crédito relativo ao auto de infração 58/07, bem como para que o recorrido se abstenha de inscrever o débito em dívida ativa.

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

Eis, sucinto, o relatório.

Cumprе registrar, em caráter preliminar, que a suspensão da exigibilidade do crédito pode decorrer, entre outras hipóteses, de depósito do valor do tributo ou de concessão de tutela



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

antecipada. Vejam-se, a pelo, os incisos II e V do artigo 151 do Código Tributário Nacional.

No caso “sub examine”, presentes se fazem, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, os requisitos da antecipação de tutela. Esta, portanto, há de ser concedida sem nenhuma outra exigência. A suspensão da exigibilidade do crédito funda-se no artigo 151, V, do Código Tributário Nacional e prescinde de qualquer depósito.

A vinculação da antecipação dos efeitos da tutela a depósito do valor do imposto fere o direito do contribuinte de ver suspensa a exigibilidade do crédito quando configurada a hipótese do artigo 151, V, do Código Tributário Nacional.

Tecidas tais prodrômicas observações, tem-se que o agravo merece abrigo.

Com efeito.

Da análise do auto de infração já referido verifica-se que as receitas sobre as quais se pretende fazer incidir o tributo provêm de arrendamento mercantil de veículos automotores (folhas 56/57).

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 serviço. Locar ou arrendar coisa móvel não é prestar serviço.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

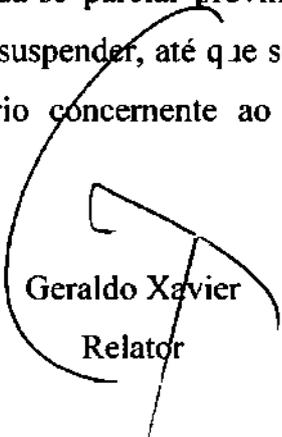
Não corresponde a nenhum conceito de serviço. Logo, os Municípios não são competentes para exigir ISS sobre esses fatos. Em conseqüência, são inconstitucionais, tanto a Lei Complementar 56/87, como as leis municipais que os prevêm como hipótese de incidência do ISS.” (in “ISS na Constituição e na Lei”, 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.

Posto isso, dá-se parcial provimento ao agravo: antecipam-se os efeitos da tutela para suspender, até que se prolate sentença, a exigibilidade do crédito tributário concernente ao auto de infração 58/07.


Geraldo Xavier
Relator