

5



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 706.027-5/9-00, da Comarca de PRESIDENTE PRUDENTE, em que é agravante HSBC BANK BRASIL S/A BANCO MÚLTIPLO sendo agravada PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE PRUDENTE:

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), OSVALDO PALOTTI JUNIOR.

São Paulo, 31 de janeiro de 2008.


GERALDO XAVIER
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento 706.027-5/9-00

Agravante HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo

Agravado: Município de Presidente Prudente

Comarca: Presidente Prudente

Voto 13.588

Agravo de instrumento. Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária com pedido cumulado de anulação de lançamentos fiscais. Decisão indeferitória 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, independentemente de qualquer depósito. Inteligência do artigo 151, V, do Código Tributário Nacional. Possibilidade, contudo, de realização de novos lançamentos para evitar decadência (Código de Processo Civil, artigo 273, § 2º). Recurso provido em parte.

Tempestivo agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto por HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo, em ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária com pedido cumulado de anulação de lançamentos fiscais, em face do município de Presidente Prudente, contra decisão que indeferiu pleito de antecipação de tutela e deixou de suspender a exigibilidade do créditos tributários impugnados (objeto dos autos de infração 179/2007 e 180/2007).

Sustenta o agravante que o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) não incide no tocante a receitas oriundas de operações de arrendamento mercantil, visto como estas não configuram prestação de serviço, antes envolvem obrigação de dar; alega que o município de Presidente Prudente não é competente para exigir o tributo, tendo em conta que o estabelecimento prestador dos serviços situava-se, no período objeto da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

exação, em Curitiba; pleiteia antecipação de tutela para que se suspenda a exigibilidade dos créditos do imposto relativos aos autos de infração 179/2007 e 180/2007, bem como para que o recorrido se abstenha de tributar, doravante, rendas provenientes de arrendamento mercantil

Recebido e processado o agravo, com efeito ativo, dispensaram-se as informações a que alude o artigo 527, IV, do Código de Processo Civil; a despeito de intimado a ofertar contraminuta, o município deixou de fazê-lo.

Eis, sucinto, o relatório.

Cumprir registrar, em caráter preliminar, a possibilidade, independentemente de depósito de qualquer quantia, de suspensão da exigibilidade dos créditos aqui considerados, mediante tutela antecipada, consoante reza o artigo 151, V, do Código Tributário Nacional.

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

Com efeito.

Da análise dos autos de infração já referidos verifica-se que as receitas sobre as quais se pretende fazer incidir o tributo provêm de arrendamento mercantil de veículos automotores (folhas 79 “usque” 84).

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



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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. 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).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 antecipação dos efeitos da tutela.

Por fim, convém notar que a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativos aos autos de infração aqui considerados 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, dá-se parcial provimento ao agravo: antecipam-se os efeitos da tutela para suspender, até que se prolate sentença, a exigibilidade dos créditos tributários concernentes aos autos de infração dantes referidos.

Geraldo Xavier
Relator