

Processo: 579839-8
Relator: Eugenio Achille Grandinetti
Orgão Julgador: 2ª Câmara Cível
Data de Publicação: 10/11/2009 00:00:00

Ementa: DECISÃO: Acordam os magistrados integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por maioria de votos, em negar provimento aos recursos de apelação do Município de Paranaíba e de Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil, mantendo a sentença. EMENTA: TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - OPERAÇÕES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) - LEGITIMIDADE DO AUTOR RECONHECIDA - RECONHECIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DO R. IMPOSTO - PREVISÃO DO ARTIGO 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL SE APLICA APENAS EM CASOS DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E EVENTUAL COMPENSAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA - ART. 156, INCISO III, CF CONCEITO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - INEXISTÊNCIA DE SERVIÇO COMO ATIVIDADE-FIM, APENAS COMO ATIVIDADE-MEIO - AUSÊNCIA DE RELALÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA - SÚMULA 138/STJ INAPLICÁVEL AO CASO, VISTO QUE CONCEBIDA PARA FINALIDADE DIVERSA - NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO ALGUM EM OPERAÇÕES DE LEASING - TESE SEM FUNDAMENTO JURÍDICO - EM CERTAS OPERAÇÕES NÃO INCIDEM TRIBUTOS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS IRRISÓRIOS - INOCORRÊNCIA - FIXAÇÃO DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS - DESNECESSIDADE DO JULGADOR ATER-SE NOS LIMITES ESTIPULADOS NO § 3º - INTELIGÊNCIA AO § 4º DO ART. 20, CPC. RECURSOS DE APELAÇÃO DESPROVIDOS.

Íntegra: APELAÇÃO CÍVEL Nº 579.839-8, 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE PARANAÍ

APELANTE 1: MUNICÍPIO DE PARANAÍ

APELANTE 2: SAFRA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL

APELADOS: OS MESMOS

RELATOR: DESEMBARGADOR EUGÊNIO ACHILLE GRANDINETTI

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - OPERAÇÕES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) - LEGITIMIDADE DO AUTOR RECONHECIDA - RECONHECIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DO R. IMPOSTO - PREVISÃO DO ARTIGO 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL SE APLICA APENAS EM CASOS DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E EVENTUAL COMPENSAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA - ART. 156, INCISO III, CF CONCEITO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - INEXISTÊNCIA DE SERVIÇO COMO ATIVIDADE-FIM, APENAS COMO ATIVIDADE-MEIO - AUSÊNCIA DE RELALÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA - SÚMULA 138/STJ INAPLICÁVEL AO CASO, VISTO QUE CONCEBIDA PARA FINALIDADE DIVERSA - NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO ALGUM EM OPERAÇÕES DE LEASING - TESE SEM FUNDAMENTO JURÍDICO - EM CERTAS OPERAÇÕES NÃO INCIDEM TRIBUTOS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS IRRISÓRIOS - INOCORRÊNCIA - FIXAÇÃO DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS - DESNECESSIDADE DO JULGADOR ATER-SE NOS LIMITES ESTIPULADOS NO § 3º - INTELIGÊNCIA AO § 4º DO ART. 20, CPC.

RECURSOS DE APELAÇÃO DESPROVIDOS.

1.RELATÓRIO

Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil propôs ação anulatória de débito fiscal cumulada com pedido declaratório e com pedido de antecipação de tutela em face do Município de Paranavaí sob a

alegação de que não há a incidência de ISS sobre os contratos de leasing. Pleiteou, portanto, pela declaração de inexistência de relação jurídica no que concerne ao dito imposto em operações de arrendamento mercantil (leasing) e, também sob esse fundamento, anular o auto de Infração nº 1825/2006. Requereu também a antecipação de tutela pleiteada para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até o julgamento final da presente ação.

A antecipação de tutela foi indeferida pelo MM. Juiz a quo por não estarem presentes os requisitos legais. Em face da decisão foi interposto agravo de instrumento o qual foi julgado improcedente (fls. 509).

O magistrado a quo julgou procedente o pedido formulado pelo autor, declarando a inexistência da relação tributária em evidência, e, portanto, nulos os autos de infração respectivos, por não ser possível a incidência de ISSQN sobre operações de leasing financeiro. Condenou a Fazenda do Município de Paranavaí ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00.

Inconformado com a r. sentença, o Município de Paranavaí interpôs o presente recurso de apelação alegando, em breve síntese, que: a) a eventual não incidência só poderia valer para frente, e, jamais em relação ao ISSQN discutido nesta ação, vez que a cobrança desses valores já foi repassada aos arrendatários; se tal viesse a ocorrer, o próprio apelado faria as vezes da Administração Pública; b) é certo que há a incidência do ISSQN nas operações de leasing; b.1) não há que se falar em inconstitucionalidade de tal incidência, visto que não há fundamento constitucional para pleiteá-la; b.2) o conceito de serviço pressuposto pelo texto constitucional não foi respeitado pela sentença ora guerreada; b.3) ainda que se considere o conceito de serviço oriundo do direito privado, ou do direito civil (teoria geral do direito civil), haveria a incidência de ISSQN; b.4) mesmo adotando-se a restrita e superada noção de serviço que adota a sentença, leasing é serviço; c) deve ser aplicada a Súmula 138 do Superior

Tribunal de Justiça.

Recurso tempestivo e respondido (isento de preparo).

Também inconformado com a r. decisão, Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil interpôs recurso de apelação alegando, em breve síntese, que os honorários advocatícios devem ser majorados para restarem adequados aos parâmetros dispostos no art. 20, caput e incisos.

Recurso tempestivo e preparado.

É o relatório.

2. O VOTO E SUA MOTIVAÇÃO

Trata-se de ação anulatória proposta por Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil em desfavor do Município de Paranavaí.

Cinge-se a discussão sobre os seguintes temas: a) possibilidade ou não de o autor requerer a eventual não incidência do tributo em operações anteriores à propositura da ação; b) incidência ou não do ISSQN nas operações de leasing.

Sigo o entendimento do Des. LAURO LARTES DE OLIVEIRA, adotado no julgamento da Apelação Cível nº 535.008-5.

2.1 LEGITIMIDADE ATIVA PARA TAL REQUERIMENTO

Primeiramente, alega o apelante que o autor não possui interesse em pleitear pela não incidência do ISSQN em operações anteriores à propositura, visto que já teria repassado tais valores aos arrendatários. Pleiteia, portanto, pela aplicação do art. 166 do Código Tributário Nacional.

Tal tese não se sustenta. É o teor do supracitado dispositivo legal:

"Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la"

Certamente, tal norma tem aplicação restrita aos pedidos de repetição do indébito, o que não é o caso dos autos, e contendo tal artigo norma restritiva de direitos, não há que se falar em interpretação extensiva nem analógica. Portanto, tal não é de se aplica ao caso dos autos, onde somente há o pedido de não incidência do ISS sobre o leasing.

Anote-se a jurisprudência:

"APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ISSQN - INCIDÊNCIA SOBRE ARRENDAMENTO MERCANTIL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONFIGURADA - DECRETO-LEI 406/68 E SÚMULA 138 DO STJ - INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO EM QUE SE DEU A CONTRATAÇÃO - BASE DE CÁLCULO POR ARBITRAMENTO E LIMITADA AO "SPREAD" - REAJUSTE DO LANÇAMENTO - MULTA DE 50% MANTIDA - EXCLUSÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NÃO CONSTITUÍDOS EM CONFORMIDADE COM O PRAZO DO ART. 173, I DO CTN - DECADÊNCIA - REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO, PARA REFORMAR A SENTENÇA - APELAÇÃO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDA...
II - Não é de se exigir do embargante a comprovação da ausência de repasse do tributo ao arrendatário, pois a previsão do art. 166 do CTN se aplica apenas aos casos de repetição de indébito e, eventualmente, compensação..." (TJPR, 1ª Câmara Cível, Ap. Cível 535.805-4, Rel. Des. RUBENS OLIVEIRA FONTOURA, J. 17/03/2009, DJ 19/05/2009)

Assim, afasta-se a arguição de falta de legitimidade e de interesse do autor.

2.2 INCIDÊNCIA DO ISS EM OPERAÇÕES DE LEASING

Quanto ao mérito, a discussão é acerca da incidência ou não do ISS em operações de leasing.

Antes de tudo, é de se invocar o art. 156, inciso III, da Constituição Federal:

"Art. 156. Compete aos municípios instituir imposto sobre:
III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar." - grifo nosso.

O que há de se analisa aqui é a controvérsia existente entre as partes sobre a conceituação do termo "serviço". Preconiza o autor, ora apelado, que tal é ligada à existência de uma obrigação de fazer.

Já o apelante propugna outro enfoque, em que se enfatiza que serviço seria qualquer prestação que propicia, em favor de outrem, o desempenho de atividade ou satisfação de necessidade.

A discussão aqui, não se resume a uma mera substituição de conceitos, e sim, à finalidade da tributação, a regra-matriz do tributo em comento, ou seja, o ISS - Imposto sobre Serviços. Esta se encontra relacionada de forma clara e inequívoca a obrigação de fazer, de prestar um serviço, exige-se sim o esforço humano, embora possa ser auxiliado por emprego de instrumentos ou aplicação de materiais.

Neste sentido, já lecionou o ministro CELSO DE MELO, no julgamento do Recurso Especial nº 116.121:

"A Constituição, quando atribui competência impositiva ao Município para tributar serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência das outras pessoas políticas, exige que só se alcancem, mediante incidência do ISS, os atos e fatos que se possam qualificar, juridicamente, como serviços."

Ora, no contrato de arrendamento mercantil inexistente, a rigor, qualquer prestação de serviço como atividade-fim, salvo como atividade-meio.

O contrato de arrendamento mercantil na modalidade de leasing financeiro tem natureza jurídica complexa. Isso porque compreende financiamento, locação e opção de compra do bem objeto do negócio.

Nesse sentido, HUMBERTO ÁVILA enumera um rol de etapas da operação de leasing, qual seja:

"a) a arrendadora capta recursos financeiros para a formação de um fundo; b) o interessado na aquisição do veículo preenche a ficha cadastral na revenda/concessionária; c) a arrendadora examina e aprova a ficha cadastral do proponente da operação de arrendamento mercantil etc." (Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 122, item 2.1.2.2, p. 124).

Seguramente que todas as etapas aqui elencadas se constituem em meios para a realização de uma operação mercantil. Pelo vênio, aqui, para comparar este a um contrato de compra e venda, ao realizá-lo também ocorre o cadastro do comprador, é confeccionado um contrato, solicitam-se certidões negativas, mas de forma alguma tais serviços são considerados atividade-fim e sujeitos à tributação do ISS - Imposto sobre Serviços.

No leasing financeiro a atividade-fim é um negócio complexo, que envolve financiamento, locação e opção de compra. Apenas isso.

Somente pode ser considerado serviço tributável para os fins previstos na Constituição Federal (art. 156, III), o esforço humano em favor de terceiro, com conteúdo econômico.

Anote-se a lição de ROGÉRIO DE MIRANDA TUBINO, na obra ISS na Lei Complementar nº 116/2003:

"Não resta dúvida, pois, que a mera inclusão de determinada atividade na lista de serviços tributáveis por ISS não é suficiente para sujeitá-lo ao referido tributo; é indispensável a existência de um serviço, tal como definido pela CF."

Pois bem. O núcleo da tributação se encontra sempre em um verbo, seguido de um complemento, qual seja, neste caso, o verbo prestar, acompanhado do complemento serviços. Imperioso afirmar, portanto, que é evidente a exigência do esforço humano, o fazer.

Sendo assim, sujeitam-se à incidência do ISS apenas as obrigações de fazer, ou seja, aquelas em que se impõe a execução, a elaboração ou o fazer alguma coisa até então inexistente. Em contrapartida, nas obrigações de dar, impõe-se ao devedor a entrega de alguma coisa já existente. Situações totalmente diferentes.

Com este mesmo entendimento, há uma forte corrente doutrinária, anote-se: AIRES F. BARRETO (ISS na Constituição e na Lei, Dialética, 2ª Edição, 2005, p. 168); BERNARDO RIBEIRO DE MORAIS (Doutrina e prática do imposto sobre serviços, p. 373); JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO (Leasing - ISS e ICMS, in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), O ICMS, a LC 87/96 e questões jurídicas atuais, p. 202); HUMBERTO ÁVILA (Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 122, PP. 120-131); MARCELO CARON BAPTISTA (ISS do texto à norma, Quartier Latin, 2005, PP. 338-345) e ROGÉRIO DE MIRANDA TUBINO (em obra supracitada)

Até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do REsp 805.317, não vem conhecendo os recursos especiais sobre a matéria e encaminha para o Supremo Tribunal Federal, donde se conclui que a Súmula nº. 138 encontra-se de forma implícita revogada. Vale transcrever a ementa do aludido julgado:

"TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. OBRIGAÇÃO DE

FAZER. CONCEITO PRESSUPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO QUE EXTRAVASA O ÂMBITO DA VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PARA INFIRMAR A PRÓPRIA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONAL. ACÓRDÃO CALCADO EM FUNDAMENTO SUBSTANCIALMENTE CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMA DIVERSO DO ENSEJADOR DA SÚMULA 138, DO STJ.

1. O ISS na sua configuração constitucional incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa ad substantia obligatio in faciendo, inconfundível com a denominada obrigação de dar.
2. Outrossim, a Constituição utiliza os conceitos de direito no seu sentido próprio, com que implícita a norma do artigo 110, do CTN, que interdita a alteração da categorização dos institutos.
3. Consectariamente, qualificar como serviço a atividade que não ostenta essa categoria jurídica implica em violação bifronte ao preceito constitucional, porquanto o texto maior a utiliza não só no sentido próprio, como também o faz para o fim de repartição tributária-constitucional (RE 116121/SP).
4. Sob esse enfoque, é impositiva a regra do artigo 156, III, da Constituição Federal de 1988, verbis:
"Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
I - propriedade predial e territorial urbana;
II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;
III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
(...)"
5. A dicção constitucional, como evidente, não autoriza que a lei complementar inclua no seu bojo atividade que não represente serviço e, a fortiori, obrigação de fazer, porque a isso corresponderia franquear a modificação de competência tributária por lei

complementar, com violação do pacto federativo, inalterável sequer pelo poder constituinte, posto blindado por cláusula pétrea.

6. O conceito pressuposto pela Constituição Federal de serviço e de obrigação de fazer corresponde aquele emprestado pela teoria geral do direito, segundo o qual o objeto da prestação é uma conduta do obrigado, que em nada se assemelha ao dare, cujo antecedente necessário é o repasse a outrem de um bem preexistente, a qualquer título, consoante a homogeneidade da doutrina nacional e alienígena, quer de Direito Privado, quer de Direito Público.

7. Envolvendo a atividade, bens e serviços, a realidade econômica que interessa ao Direito Tributário impõe aferir o desígnio final pretendido pelo sujeito passivo tributário, distinguindo-se a atividade meio, da atividade fim, esta última o substrato da hipótese de incidência.

8. "A adulteração dos conceitos incorporados pelo Constituinte na criação da regra-matriz de incidência de cada exação fiscal é matéria constitucional, visto que viola as regras de repartição constitucional da competência tributária e, por conseqüência, atenta contra a organização federativa do Estado, que pressupõe a autonomia legislativa dos entes federados" (Parecer da lavra de Luiz Rodrigues Wambier, datado de 20.07.2006).

9. As proposições acima conduzem à inequívoca inconstitucionalidade do item 79 e do subitem 15.09, da relação anexa ao Decreto-Lei 406/68, com a redação dada, respectivamente, pelas Leis Complementares 56/87 e 116/03, que prevêm a incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil, por isso que se conjura a incompetência imediata do STJ para a análise de recurso que contenha essa antinomia como essência em face da repartição constitucional que fixa os lindes entre esta E. Corte e a Corte Suprema.

10. Acórdão cuja conclusão alicerça-se em fundamento constitucional, qual seja, a violação do artigo 156, III, da Constituição Federal de 1988, e a inconstitucionalidade das listas constantes do Decreto-Lei 406/68 e da Lei Complementar 116/03, revela-se de integral competência do STF, máxime quando se sustenta um fundamento autônomo a exigir, na forma do verbete

sumular, a interposição simultânea de ambos os apelos extremos (Precedentes da Primeira Turma: AgRg no REsp 684021/RS, desta relatoria, DJ de 22.08.2005; AgRg no REsp 697335/RS, desta relatoria, DJ de 29.08.2005; REsp 631547/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 05.08.2004; e AgRg no AgRg no Ag 659539/MG, desta relatoria, DJ de 20.02.2006. Decisões monocráticas: RESP 628211/BA, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 15.12.2004, e no REsp 822631/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 31.03.2006).

11. Deveras, a conceituação de serviços encarta-se na mesma competência que restou exercida pela Corte Suprema na análise prejudicial dos conceitos de faturamento e administradores e autônomos para os fins de aferir hipóteses de incidência, mercê de a discussão travar-se em torno da legislação infraconstitucional que contemplava essas categorizações, reproduzindo as que constavam do texto maior.

12. Aliás não é por outra razão que o CPC dispõe no artigo 543 que: "Art. 543. Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

(...)

§ 2º Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário.

(...)"

13. A Súmula 138, do E. STJ, não se aplica in casu, por isso que, analisando sua ratio essendi e os arestos que lhe serviram de gênese, inafastável concluir que a mesma foi editada para o fim de defender-se a aplicação do Decreto-Lei 406/68, após a edição da Lei Complementar 56/87, porquanto, anteriormente, a tributação municipal do leasing era engendrada via aplicação analógica do primeiro diploma legal. Nada obstante, em nenhuma passagem dos arestos geradores da súmula restou posta a questão constitucional ora enfrentada.

14. Sobressai, desta sorte, imprescindível a manifestação da Corte Suprema sobre o thema iudicandum, suscitado de forma explícita ou

implícita em todas as causas que versam sobre a competência tributária municipal, essência manifesta das decisões que tem acudido ao E. STJ.

15. In casu, o aresto objurgado decidiu que: "APELAÇÃO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. ISS. INEXIGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. A inclusão na Lista de Serviço de fatos que não configuram prestação de serviço, por afastada a idéia de trabalho, de esforço humano, de um "facere", afronta o disposto no artigo 156, III da Constituição Federal. Assim se dá na locação de bens móveis, como já proclamou o Supremo Tribunal Federal. Assim também e por identidade de razões no arrendamento mercantil. É que não importa esteja listado o serviço; importa, sim, se o fato que lá está descrito se caracteriza como tal. A Lista não é critério ou não é o único critério para descrever o fato gerador do ISS, até porque não define o tipo, não conceitua o que seja prestação de serviço. É ou ao menos deveria ser exemplificativa, jamais definidora do tipo. Na verdade, a noção de serviço, traço essencial do ISSQN, não dispensa e idéia de trabalho, de esforço humano, tal como disciplinado no Código Civil, ao qual há de socorrer-se o intérprete em obediência ao que dispõe o artigo 110 do CTN, ante o vazio normativo tributário. Apelo provido." (Apelação Cível nº 70009640657, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges, Julgado em 03.11.2004).

16. As conclusões e premissas de índole notadamente constitucional, sem as quais não sobreviveria o aresto recorrido impõem timbrar seu fundamento constitucional para, na forma da jurisprudência cediça na Corte, não conhecer do especial (Precedentes: AgRg no Ag 757416/SC, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 03.08.2006; AgRg no Ag 748334/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 30.06.2006; REsp 754545/RS Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 13.03.2006; AgRg no REsp 778173/MG, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 06.02.2006; AgRg no REsp 658392/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 21.03.2005).

17. Recurso especial não conhecido, divergindo-se do voto do

relator." (Resp 805.317/RS - 1ª Turma do STJ - Relator para acórdão Min. LUIZ FUX - julgado 17-8-2006).

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal ao analisar a incidência de ISS sobre locação de móveis entendeu pela não incidência do tributo, em questão análoga à operação de arrendamento mercantil, cujo precedente serve também de paradigma para o caso em exame, veja-se:

"Tributo - Figurino constitucional. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos.

Imposto sobre serviços - contrato de locação. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional. (STF, RE 1166.121-3-SP, Relator Min. MARCO AURÉLIO)

E é do corpo deste acórdão que se extrai:

"Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento. Prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável; prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança as relações Estado-contribuinte; prevalece, alfim, a organicidade do próprio Direito, sem a qual tudo será possível no agasalho dos interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários."

É válido lembrar que após o aludido julgado, editou-se a Lei Complementar nº 116/03, que se adequou e retirou do texto a incidência do ISS sobre locação de móveis, mas permaneceu sobre

leasing. Entretanto, inexistente decisão do STF que aprecie tal questão de fundo sob o enfoque constitucional.

Por outro lado, não há que se falar em incidência da Súmula 138 do Superior Tribunal de Justiça. Esta surgiu em 1993, com finalidade diversa da ora pleiteada, não abrangia qualquer discussão sob a ótica constitucional, uma vez que editada para o fim de defender a aplicação do DL 406/68, após o advento da LC 56/87, considerando que a tributação do ISS sobre leasing advinha de aplicação analógica do DL 406/68. somente com o advento da Lei Complementar nº. 56, de 15/12/1987, incluiu-se o arrendamento mercantil na lista de serviços.

Acontece, porém, que mesmo antes, alguns Municípios já exigiam ISS sobre tais operações, por analogia, com a locação de bens móveis.

Inapta também a tese de que em tal operação, não irá incidir nenhum tributo e, por consequência, incide o ISS. O argumento não há de prosperar pela total falta de suporte jurídico. É imperioso afirmar que em muitas operações não há incidência de tributo algum, como a cessão de direito.

Sobre outro prisma cumpre questionar: Quem vai pagar o ISS sobre leasing? O arrendatário. Evidente é o repasse para o custo da operação. As instituições financeiras não suportarão tais encargos. Motivo este, que mais nos preocupa, pois a ganância incessante do Fisco em arrecadar, acaba por obstar os investimentos e impede o País de crescer, com geração de mais empregos e maior circulação de riquezas. E assim, passa a deixar de atingir alguns dos fundamentais objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, reduzir as desigualdades sociais, garantir o desenvolvimento social, erradicar a pobreza e promover o bem de todos. (CF, art. 3º).

Depois de todo o exposto, evidente a inconstitucionalidade da tributação de ISS sobre contrato de arrendamento mercantil (leasing

financeiro), uma vez que não se enquadra no conceito de "prestar serviços" e, por conseguinte, viola de maneira frontal o disposto no art. 156, inciso III, da Constituição Federal.

Ante tais condições, inconstitucional o item 79 e o subitem 15.09, da relação anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, com a redação dada, respectivamente, pelas Leis Complementares nº. 56/87 e 116/03, que prevêm a incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil.

Neste mesmo sentido, é o entendimento desta Câmara nas Apelações Cíveis nº. 360.789-9 e 535.008-5:

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) - ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. 1. DECADÊNCIA - ART. 173, I DO CTN - LANÇAMENTO EXTEMPORÂNEO - MATÉRIA QUE PODE SER CONHECIDA DE OFÍCIO. 2. ART. 156, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONCEITO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - INEXISTÊNCIA DE SERVIÇO COMO ATIVIDADE-FIM, MAS COMO ATIVIDADE-MEIO - AUSÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA - NÃO INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE OPERAÇÕES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. 3. DECADÊNCIA RECONHECIDA DE OFÍCIO - RECURSO DESPROVIDO E SENTENÇA NO MAIS MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO - VOTO VENCIDO EM SEPARADO. A regra-matriz do ISS - Imposto sobre Serviços se encontra relacionada de forma clara e inequívoca a obrigação de fazer, de prestar um serviço, exige-se o esforço humano, embora possa ser auxiliado por emprego de instrumentos ou aplicação de materiais. Conforme pontifica o Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento do RE 116.121, "a Constituição, quando atribui competência impositiva ao Município para tributar serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência das outras pessoas políticas, exige que só se alcancem, mediante incidência do ISS, os atos e fatos que se possam qualificar, juridicamente, como serviços." No contrato de arrendamento mercantil inexistente a rigor qualquer prestação de serviço como atividade-fim, salvo como

atividade-meio." (TJPR, 2ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 535.008-5, Rel. Des. LAURO LAERTES DE OLIVEIRA, J. em 25/11/2008, DJ 16/12/2008)

"APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO DE NULIDADE DE DÉBITO FISCAL JÁ JULGADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. LITISPENDÊNCIA. ISSQN. SOLIDARIEDADE PASSIVA NO AUTO DE INFRAÇÃO CONFIRMADA. DECADÊNCIA DE PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ILEGALIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. Verificada a igualdade de pretensões finais, correto o reconhecimento da litispendência entre os embargos à execução e a já sentenciada ação anulatória. Sem que se verifique a informação do contribuinte ou o pagamento do tributo, capaz de identificar o lançamento por homologação, o prazo decadencial conta-se na forma estipulada pelo art. 173, I do CTN. Em vista da irretroatividade das normas tributárias, ao fato gerador pretérito aplica-se a legislação correspondente à época da sua ocorrência. O ISS pode incidir no arrendamento mercantil, bastando que se identifique a existência da prestação de serviços como objeto de ajustada remuneração. Para o caso, tendo a autuação fiscal por objeto apenas contratos de "leasing financeiro" firmados na vigência do DL 406/68, com a redação da LC 56/87, sem identificação da prestação de qualquer serviço tributável, decreta-se a nulidade do auto e extinção a execução. Apelação dos embargos: não provida. Apelação do Município: provida; reexame necessário prejudicado. Apelação do Banco na anulatória: provida, com extinção da execução." (TJPR, 2ª Câmara Cível, Ap. Cível 360.798-9, Rel. Juiz de Direito Substituto de 2º Grau PÉRICLES BELLUSCI DE BATISTA PEREIRA, J. em 15/05/2007, DJ 25/05/2007)

2.3 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Quanto aos honorários advocatícios não há razão o apelo do autor. É cediço o entendimento de que em casos que é vencida a fazenda pública há a faculdade de arbitrar os honorários advocatícios em

valor fixo.

É o teor do art. 20 do Código de Processo Civil:

"A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

...

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo anterior..."

O que na verdade quis o legislador com o § 4º do supracitado dispositivo é deixar de lado, nos casos dispostos, a necessidade de o julgador fixar os honorários advocatícios dentro dos limites de 10% a 20% sobre o valor da condenação. Portanto, não tem razão a instituição apelante ao irresignar-se com o valor arbitrado em sentença, visto que atende a todos os requisitos legais.

Sobre isso, já se pronunciou o STF:

"Vencida a Fazenda Pública, aplica-se o § 4º do art. 20 do CPC, fixando-se os honorários de acordo com o critério de equidade, não sendo obrigatória a observância seja dos limites máximo e mínimo seja da imposição sobre o valor da condenação constantes do parágrafo anterior." (STJ - RF 379/251: Corte Especial, ED no REsp

491.055, dois votos vencidos)"

Anote-se também o ensinamento de nosso Superior Tribunal de
Justiça:

"a jurisprudência desta Corte, entretanto, sensível a situações em que salta aos olhos a inobservância dos critérios legais para o arbitramento do valor justo, passou a admitir a revisão em sede especial quando se tratar de honorários notoriamente ínfimos ou exagerados, o que se faz considerado cada caso em particular. Assim, saber se os honorários são irrisórios ou exorbitantes requer, necessariamente, a apreciação das peculiaridades de cada caso concreto" (AgRg nos EREsp nº 413310/RS, Corte Especial, unânime, Relª Minª LAURITA VAZ, DJ de 12/02/2007)

Ora, é certo que devido as peculiaridades deste caso concreto não há que se falar em inobservância dos critérios legais. Trata-se de ação anulatória de débito fiscal (ISS sobre operações de leasing), assunto muito debatido e usual em nossos tribunais, bem como julgada antecipadamente por ser matéria exclusivamente de direito.

Neste sentido já decidiu, recentemente, este Tribunal:

"APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL C/C DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA - (APELAÇÃO 2) - INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN - ARRENDAMENTO MERCANTIL - MODALIDADE DE LEASING FINANCEIRO - CONTRATO ATÍPICO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DESCARACTERIZADA - NÃO INCIDÊNCIA DO ISS - PREJUDICADAS AS DEMAIS QUESTÕES VERSADAS - (APELAÇÃO 1) - INDEVIDA A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - APELOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS - SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. 1. A aplicação do art. 166 do CTN demanda cuidar-se de ação em que se pleiteia a repetição de indébito, não se adequando às anulatórias de débito fiscal. 2. O fato gerador do ISS, previsto no artigo 156, III, da Constituição Federal é

a efetiva prestação do serviço. No contrato de arrendamento mercantil o objeto é uma atividade que se caracteriza pela obrigação de dar, inexistindo atividade-fim, razão pela qual não deve incidir o ISS. 3. Vencida a Fazenda Pública, deve-se aplicar o disposto no §4º do artigo 20 do CPC e não os percentuais elencados no §3º do mesmo artigo. Ademais, tratando-se de causa simples, que não exige grande esforço do profissional, reiterada e amplamente debatida em nosso Judiciário, bem como, julgada antecipadamente por versar matéria exclusivamente de direito, não há razão para majorar os honorários suficiente e equitativamente fixados." (TJPR, 3ª Câmara Cível, Ap. Cível e Reex. Necessário 488.661-7, Rel. Des. PAULO ROBERTO VASCONCELOS, J. em 24/03/2009, DJ 18/05/2009)

Portanto, correta a fixação dos honorários advocatícios.

Destarte, voto no sentido de negar provimento aos recursos de apelação do Município de Paranavaí e de Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, acordam os magistrados integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por maioria de votos, em negar provimento aos recursos de apelação do Município de Paranavaí e de Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil, mantendo a sentença.

O julgamento foi presidido pelo Des. CUNHA RIBAS, voto vencido com declaração em separado, e participou o Des. SILVIO DIAS, com o relator.

Curitiba, 30 de junho de 2009.

EUGÊNIO ACHILLE GRANDINETTI

Relator

CUNHA RIBAS

Voto Vencido

Acessado em: 28/01/2014 14:09:11