

Processo: 453529-5
Relator: Lauro Laertes de Oliveira
Orgão Julgador: 2ª Câmara Cível
Data de 12/02/2008 00:00:00

Publicação:

Íntegra: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que indeferiu pedido de antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário em ação anulatória de débito fiscal, referente à cobrança de ISS sobre operações de arrendamento mercantil (leasing).

1. A agravante preconiza a reforma da decisão sob os seguintes fundamentos: a) decadência sobre parte dos valores lançados, porque de período superior a 5 (cinco) anos, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional; b) inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança do ISSQN sobre operações de arrendamento mercantil (leasing); c) cita vários julgados sobre o assunto; d) incompetência do Município de Palmas para tributar operações realizadas pela agravante; e) a base de cálculo utilizada não corresponde a uma efetiva prestação de serviço, uma vez que soma o valor do bem e acresce 50% a título de arbitramento dos encargos financeiros; f) multa por sonegação aplicada em desconformidade com a lei (violação aos arts. 100, do CTN e 150, IV, da CF).

2. Recurso preparado e respondido. A douta Procuradoria Geral da Justiça se manifestou pelo desprovimento do recurso (fls. 684-693).

É O RELATÓRIO.

3. A controvérsia cinge-se aos requisitos para concessão de tutela antecipada em ação declaratória, cuja discussão se trava em torno da incidência de ISS sobre operações de arrendamento mercantil.

4. Em primeiro lugar, a análise do recurso restringe-se à configuração dos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil.

Não pode o Tribunal, sob pena de supressão de instância, manifestar-se sobre a questão de fundo (se incide ou não o tributo nessa modalidade de operação; quem é o sujeito ativo, qual a base

de cálculo etc).

5. Em segundo lugar, no caso em exame existe verossimilhança nas alegações da agravante, uma vez que a jurisprudência dos tribunais superiores tem modificado sua interpretação sobre a matéria a ponto, inclusive, de se cogitar de revogação implícita da Súmula 138 do STJ. Nesse particular o STJ sequer tem se manifestado sobre o tema, declinando da competência para o STF por se tratar de matéria de cunho constitucional. Existe, portanto, séria controvérsia sobre o assunto a ensejar a suspensão da exigibilidade do crédito.

6. Nessa linha de raciocínio, o risco de dano se evidencia na possibilidade de exigência de exação indevida ou excessiva, pois no mérito, além da incidência do tributo também se discute a sua base de cálculo e a decadência.

7. Vale lembrar que preconizam pela não incidência de ISS sobre as operações de arrendamento mercantil a maioria da doutrina, dentre outros, Aires F. Barreto (ISS na Constituição e na Lei, Dialética, 2ª edição, 2005, p. 168); Bernardo Ribeiro de Moraes (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 (Leasing (arrendamento mercantil) e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, o ISS na Lei Complementar nº 116/2003, coordenador Rodrigo Brunelli Machado, Quartier Latin, 2004, pp. 75-88).

8. Também julgado com extensa motivação do Min. Luiz Fux (REsp 805.317/RS) e ainda julgado do STF sobre não incidência na locação de móveis, caso análogo (RE 116.121). Ademais, o crédito tributário é expressivo (mais de dois milhões de reais), ônus que não pode ser imposto ao contribuinte, sem garantia de imediata restituição, caso sua pretensão prevaleça sobre a do Município.

9. Nesse particular, existe a possibilidade criada pela Lei n.º 10.819, de 16-12-2003 de o Município levantar até 70% (setenta por cento) de eventual valor depositado/penhorado em execução fiscal.

10. Este Tribunal tem decidido:

"Tributário - Ação anulatória de débito fiscal - Análise exclusiva das questões referentes ao indeferimento da liminar para suspensão da exigibilidade do crédito tributário em primeiro grau - Impossibilidade de discussão acerca do mérito da lide sob pena de supressão de instância - Presença dos requisitos constantes do art. 273 do CPC - "Periculum in mora" e verossimilhança das alegações comprovadas - Inexistência de documentos que comprovem, por ora, qualquer fraude cometida pelo agravante. Recurso Provido.

Não constam dos autos documentos concretos que comprovem, ao menos por ora, fraude do agravante contra o Município, o que torna o auto de infração discutível e autoriza a concessão da liminar. Em sendo possível a averiguação da verossimilhança das alegações do agravante e do "periculum in mora" a que está sujeito, plenamente cabível a concessão da liminar pleiteada, até porque a mesma poderá ser revogada a qualquer tempo." (Agravo de Instrumento n.º 363.828-4 - 2ª C.Cível do TJPR - Rel. Des. Silvio Dias - Publicado no DJ de 19-1-2007).

"Agravo de Instrumento. ISSQN. Leasing. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Tutela antecipada. Presença dos requisitos. Verossimilhança das alegações. Posicionamento do STJ. Decadência. Aplicação art. 173, I do CTN. Prazo quinquenal. Competência para cobrança irrelevância. Dano de difícil reparação configurado. Considerando a atual evolução dos julgados do STJ, numa tendência clara da necessidade de revisão da aplicação da Súmula 138; a relevância da tese de que sobre o leasing financeiro não incide o ISSQN; a possível decadência na formação do crédito tributário no caso concreto, por aplicação do art. 173, I, do CTN; e o perigo de dano grave ou incerta reparação contra a contribuinte, impõe-se a concessão da tutela antecipada nos autos de ação anulatória de débito fiscal. Recurso provido." (Agravo de Instrumento n.º 437.280-3 - 2ª C.Cível do TJPR - Rel. Juiz Convocado Péricles Bellusci de Batista Pereira - Julgado em 13-11-2007).

11. O STJ decidiu:

"Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Suspensão de exigibilidade do crédito tributário. Liminar. Ação cautelar. Cabimento. Art. 151, V, do CTN.

I - A partir da edição da Lei Complementar n.º 104, de 10 de janeiro de 2001, ao artigo 151 do Código Tributário Nacional foi acrescentado o inciso V, que autoriza a suspensão da exigibilidade do crédito tributário via medida liminar ou tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial. Precedentes: REsp n.º 524.962/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 15/03/2004; REsp n.º 575.867/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; AGA n.º 517.989/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 15/12/2003; AGREsp n.º 228.792/CE, de minha relatoria, DJ de 30/06/2003 e REsp n.º 153.633/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 01/07/2002.

II - Por não se tratar de deferimento de compensação, mas de mera suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não se aplica a Súmula n.º 212 deste Tribunal, segundo a qual "a compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar", nem segundo o qual "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial".

III - Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp n.º 663.894/CE - 1ª Turma do STJ - Rel. Min. Francisco Falcão - DJU 23-5-2005 - p. 164).

Assim sendo, a decisão recorrida confronta com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Posto isso, com fulcro no art. 557, §1º-A do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para o fim conceder a tutela antecipada e suspender a exigibilidade do crédito tributário até decisão final da ação principal.

Oficie-se.

Intime-se.

Curitiba, 30 de janeiro de 2008.

Des. Lauro Laertes de Oliveira,

Relator.

Acessado em: 28/01/2014 17:21:43