

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 3.745 SANTA CATARINA

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
AUTOR(A/S)(ES) : MUNICÍPIO DE TUBARÃO
ADV.(A/S) : PATRICIA ULIANO EFFTING
RÉU(É)(S) : POTENZA LEASING S/A - ARRENDAMENTO
MERCANTIL
ADV.(A/S) : ADRIANA SERRANO CAVASSANI
ADV.(A/S) : MARCELO TESHEINER CAVASSANI

DECISÃO

*MEDIDA LIMINAR NA AÇÃO CAUTELAR.
PROCESSUAL CIVIL. ATRIBUIÇÃO DE
EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO N. 845.766:
EXCEPCIONALIDADE NÃO
DEMONSTRADA. MEDIDA LIMINAR
INDEFERIDA. PROVIDÊNCIAS
PROCESSUAIS.*

Relatório

1. Ação cautelar, com requerimento de medida liminar, ajuizada pelo Município de Tubarão/SC, em 10.11.2014, contra Potenza Leasing S/A – Arrendamento Mercantil, com o objetivo de obter efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário n. 845.766, Relator o Ministro Dias Toffoli.

O caso

2. Em 28.11.2012, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao Recurso Especial n. 1.060.210 interposto por Potenza Leasing S/A – Arrendamento Mercantil contra o Município de Tubarão/SC:

*“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À
EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE*

AC 3745 MC / SC

ARRENDAMENTO MERCANTIL FINANCEIRO. QUESTÃO PACIFICADA PELO STF POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE 592.905/SC, REL. MIN. EROS GRAU, DJE 05.03.2010. SUJEITO ATIVO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA NA VIGÊNCIA DO DL 406/68: MUNICÍPIO DA SEDE DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. APÓS A LEI 116/03: LUGAR DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. LEASING. CONTRATO COMPLEXO. A CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO É O NÚCLEO DO SERVIÇO NA OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO, À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF. O SERVIÇO OCORRE NO LOCAL ONDE SE TOMA A DECISÃO ACERCA DA APROVAÇÃO DO FINANCIAMENTO, ONDE SE CONCENTRA O PODER DECISÓRIO, ONDE SE SITUA A DIREÇÃO GERAL DA INSTITUIÇÃO. O FATO GERADOR NÃO SE CONFUNDE COM A VENDA DO BEM OBJETO DO LEASING FINANCEIRO, JÁ QUE O NÚCLEO DO SERVIÇO PRESTADO É O FINANCIAMENTO. IRRELEVANTE O LOCAL DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO, DA ENTREGA DO BEM OU DE OUTRAS ATIVIDADES PREPARATÓRIAS E AUXILIARES À PERFECTIBILIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA, A QUAL SÓ OCORRE EFETIVAMENTE COM A APROVAÇÃO DA PROPOSTA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CÁLCULO. PREJUDICADA A ANÁLISE DA ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 148 DO CTN E 9 DO DL 406/68. RECURSO ESPECIAL DE POTENZA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL PARCIALMENTE PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO E RECONHECER A ILEGITIMIDADE ATIVA DO MUNICÍPIO DE TUBARÃO/SC PARA EXIGIR O IMPOSTO. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 8/STJ. 1. O colendo STF já afirmou (RE 592.905/SC) que ocorre o fato gerador da cobrança do ISS em contrato de arrendamento mercantil. O eminente Ministro EROS GRAU, relator daquele recurso, deixou claro que o fato gerador não se confunde com a

AC 3745 MC / SC

venda do bem objeto do leasing financeiro, já que o núcleo do serviço prestado é o financiamento. 2. No contrato de arrendamento mercantil financeiro (Lei 6.099/74 e Resolução 2.309/96 do BACEN), uma empresa especialmente dedicada a essa atividade adquire um bem, segundo especificações do usuário/consumidor, que passa a ter a sua utilização imediata, com o pagamento de contraprestações previamente acertadas, e opção de, ao final, adquiri-lo por um valor residual também contratualmente estipulado. Essa modalidade de negócio dinamiza a fruição de bens e não implica em imobilização contábil do capital por parte do arrendatário: os bens assim adquiridos entram na contabilidade como custo operacional (art. 11 e 13 da Lei 6.099/74). Trata-se de contrato complexo, de modo que o enfrentamento da matéria obriga a identificação do local onde se perfectibiliza o financiamento, núcleo da prestação do serviços nas operações de leasing financeiro, à luz do entendimento que restou sedimentado no Supremo Tribunal Federal. 3. O art. 12 do DL 406/68, com eficácia reconhecida de lei complementar, posteriormente revogado pela LC 116/2003, estipulou que, à exceção dos casos de construção civil e de exploração de rodovias, o local da prestação do serviço é o do estabelecimento prestador. 4. A opção legislativa representa um potente duto de esvaziamento das finanças dos Municípios periféricos do sistema bancário, ou seja, através dessa modalidade contratual se instala um mecanismo altamente perverso de sua descapitalização em favor dos grandes centros financeiros do País. 5. A interpretação do mandamento legal leva a conclusão de ter sido privilegiada a segurança jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária, para evitar dúvidas e cobranças de impostos em duplicata, sendo certo que eventuais fraudes (como a manutenção de sedes fictícias) devem ser combatidas por meio da fiscalização e não do afastamento da norma legal, o que traduziria verdadeira quebra do princípio da legalidade tributária. 6. Após a vigência da LC 116/2003 é que se pode afirmar que, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador no Município onde o serviço é perfectibilizado, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo. 7. O contrato de leasing financeiro é um contrato complexo no qual predomina o aspecto financeiro, tal

AC 3745 MC / SC

qual assentado pelo STF quando do julgamento do RE 592.905/SC, Assim, há se concluir que, tanto na vigência do DL 406/68 quanto na vigência da LC 116/203, o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, é a decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento. 8. As grandes empresas de crédito do País estão sediadas ordinariamente em grandes centros financeiros de notável dinamismo, onde centralizam os poderes decisórios e estipulam as cláusulas contratuais e operacionais para todas suas agências e dependências. Fazem a análise do crédito e elaboram o contrato, além de providenciarem a aprovação do financiamento e a conseqüente liberação do valor financeiro para a aquisição do objeto arrendado, núcleo da operação. Pode-se afirmar que é no local onde se toma essa decisão que se realiza, se completa, que se perfectibiliza o negócio. Após a vigência da LC 116.2003, assim, é neste local que ocorre a efetiva prestação do serviço para fins de delimitação do sujeito ativo apto a exigir ISS sobre operações de arrendamento mercantil. 9. O tomador do serviço ao dirigir-se à concessionária de veículos não vai comprar o carro, mas apenas indicar à arrendadora o bem a ser adquirido e posteriormente a ele disponibilizado. Assim, a entrega de documentos, a formalização da proposta e mesmo a entrega do bem são procedimentos acessórios, preliminares, auxiliares ou consectários do serviço cujo núcleo - fato gerador do tributo - é a decisão sobre a concessão, aprovação e liberação do financiamento. 10. Ficam prejudicadas as alegações de afronta ao art. 148 do CTN e ao art. 9º. do Decreto-Lei 406/68, que fundamente a sua tese relativa à ilegalidade da base de cálculo do tributo. 11. No caso dos autos, o fato gerador originário da ação executiva refere-se a período em que vigente a DL 406/68. A própria sentença afirmou que a ora recorrente possui sede na cidade de Osasco/SP e não se discutiu a existência de qualquer fraude relacionada a esse estabelecimento; assim, o Município de Tubarão não é competente para a cobrança do ISS incidente sobre as operações realizadas pela empresa Potenza Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, devendo ser dado provimento aos Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais. 12. Recurso Especial parcialmente provido para definir que: (a) incide ISSQN sobre

AC 3745 MC / SC

operações de arrendamento mercantil financeiro; (b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo; (d) prejudicada a análise da alegada violação ao art. 148 do CTN; (e) no caso concreto, julgar procedentes os Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Município de Tubarão/SC para a cobrança do ISS. Acórdão submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ" (doc. 6, grifos nossos).

Os embargos de declaração opostos pelo Município de Tubarão/SC foram rejeitados (doc. 5).

Contra essa decisão o Município de Tubarão/SC interpôs o Recurso Extraordinário n. 845.766, com base no art. 102, inc. III, al. *a*, da Constituição da República, no qual afirma ter o Superior Tribunal de Justiça contrariado os arts. 1º e 5º, *caput*, da Constituição da República.

Sustenta ter "o Superior Tribunal de Justiça viol[ado] o princípio da segurança jurídica ao alterar bruscamente o seu precedente longamente adotado sem oferecer, como salvaguarda, outorga de efeitos prospectivos ao novo precedente. Vale dizer: o Recorrente entende que ver na modulação de efeitos no controle de constitucionalidade a única forma de proteção contra a alteração judicial do direito constitui violação à segurança jurídica" (fls. 6-7, doc. 7).

Ressalta que "o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o princípio da segurança jurídica só obriga à alteração para frente do precedente quando houver 'mudança constitucional', isto é, alteração na ordem jurídica oriunda de controle de constitucionalidade, por força de expressa autorização do legislador infraconstitucional (artigo 27, Lei n. 9.868, de 1999). Essa orientação, porém,

AC 3745 MC / SC

ferre o princípio da segurança jurídica e coloca na sombra o caráter reconstutivo da interpretação do direito e a força do precedente judicial” (fls. 16-17, doc. 7).

Requer “o conhecimento e o provimento do presente recurso extraordinário a fim de que se outorgue efeitos prospectivos à mudança do precedente federal constante do REsp n. 1.060.210/SC, aplicando-a ex nunc, reformando-se com isso o julgado constante dos ED nos ED no REsp n. 1.060.210/SC, forte no princípio constitucional da segurança jurídica (artigos 1º e 5º, caput, CRFB)” (fl. 27, doc. 7).

Em 9.10.2014, a Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça admitiu o Recurso Extraordinário n. 845.766:

“Vistos etc.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo MUNICÍPIO DE TUBARÃO, com fulcro no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado:

(...)

Alega o Recorrente, em suma, além da existência de repercussão geral, violação ao princípio da segurança jurídica. Sustenta que ‘[e]m um sistema em que a interpretação judicial do Direito é vista como algo que vai além da simples declaração de uma norma legislativa preexistente, coloca-se precisamente o problema de saber se a alteração de um precedente assente do Superior Tribunal de Justiça – exatamente como ocorreu com a mudança da interpretação federal evidenciada pelo REsp n. 1.060.210/SC, cujos desdobramentos ora são atacados – deve ter seus efeitos prospectados’ (fl. 2893.).

Requer o provimento do recurso extraordinário ‘a fim de que se outorgue efeitos prospectivos à mudança do precedente federal’ (fl. 2903).

É o relatório. Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, ADMITO o recurso extraordinário.

Remetam-se os autos ao Supremo Tribunal Federal” (doc. 14).

AC 3745 MC / SC

3. A presente ação cautelar tem por objetivo atribuir efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário n. 845.766, Relator o Ministro Dias Toffoli.

4. Alega o Autor ter recebido

“aproximadamente R\$ 58.702.780,00 (cinquenta e oito milhões, setecentos e dois mil, setecentos e oitenta reais), em valores atualizados pelos índices de atualização monetária da Corregedoria Geral de Justiça de Santa Catarina, oriundos de receita tributária de ISS sobre operações de leasing que, em sua quase totalidade foi obtido através de ações judiciais de execução fiscal ajuizadas desde 2002, mediante alvará judicial e fundamentado na pacífica jurisprudência do STJ. Tal montante corresponde a aproximadamente 40% (quarenta por cento) de toda receita estimada para um único exercício financeiro inteiro, para se ter uma noção de quanto significativa para o Requerente” (fls. 12-13, doc. 2).

Sustenta ter interposto “recurso extraordinário buscando, em síntese, salvaguardar os créditos tributários já recebidos até a presente data, amparados na época em pacífica e vintenária orientação jurisprudencial, o que demonstra a presença de fundamentos relevantes, sob pena de viver num período iminente de sua história um completo caos nas finanças públicas, quando se cogita a necessidade de devolução desses mesmos valores, conforme ordens judiciais que já começaram a surgir, caracterizando assim o risco de dano irreparável” (fl. 13, doc. 2).

Salienta que, “diante da relevância da discussão da matéria para o Requerente, ressalta evidente a necessidade de sobrestar os efeitos do v. Acórdão do REsp 1.060.210, recebendo e processando o recurso extraordinário no efeito suspensivo, determinando a suspensão das ações de execução fiscal que versem sobre ISS incidente sobre operações de leasing, e toda ordem de devolução de valores, dado a repercussão jurídica, financeira e política da decisão” (fl. 18, doc. 2).

AC 3745 MC / SC

Assevera que,

“como todas as ações de execução fiscal que versam sobre ISS incidente sobre operações de leasing, bem como seus incidentes, seguirão a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp 1.060.210/SC, certamente que não apenas o Recurso Extraordinário deve ser recebido no efeito suspensivo, mas todas as demais ações judiciais cujos efeitos do julgamento desse recurso representativo da controvérsia terá influência direta, de modo a preservar o patrimônio jurídico do Município de Tubarão até solução definitiva de mérito” (fls. 40-41, doc. 2).

Requer *“liminar inaudita altera pars, a fim de sobrestar os efeitos do v. Acórdão do REsp 1.060.210/SC, recebendo o recurso extraordinário no efeito suspensivo, determinar a suspensão das ações de execução fiscal que versem sobre ISS incidente sobre operações de leasing, e toda ordem de devolução de valores obtidos através destas mesmas ações judiciais, até o julgamento de mérito do recurso extraordinário”* (fl. 41, doc. 2).

Pede, *“ao final, o acolhimento da presente medida cautelar, com a confirmação da liminar requerida no item ‘a’, a fim de sobrestar os efeitos do v. Acórdão do REsp 1.060.210/SC”* (fl. 41, doc. 2).

5. Em 10.11.2014, a Seção de Recebimento e Distribuição de Originários do Supremo Tribunal Federal certificou que *“o Excelentíssimo Senhor Ministro Dias Toffoli está excluído da distribuição de processos com pedido de medida liminar, ainda quando prevento, no período de 05/07/2014 a 25/11/2014, consoante o disposto no § 5º do art. 67 do RISTF”* (doc. 16, grifos nossos).

Em 12.11.2014, o Ministro Teori Zavascki declarou-se impedido de atuar nesta ação cautelar por ter participado do julgamento *“no processo principal na qualidade de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (...) nos termos dos arts. 134, III, e 137 do Código de Processo Civil”* (doc. 17).

AC 3745 MC / SC

Em 14.11.2014, esta ação cautelar veio-me em distribuição, nos termos do art. 67, § 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (doc. 18).

Examinados os elementos havidos nos autos, **DECIDO**.

6. Pretende-se nesta ação cautelar a obtenção de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário n. 845.766, Relator o Ministro Dias Toffoli.

7. Este Supremo Tribunal assentou ser medida excepcional a atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário, somente justificável se houver: *a)* plausibilidade da fundamentação do recurso extraordinário; *b)* demonstração de que a manutenção dos efeitos da decisão recorrida causará danos irreparáveis ou de difícil reparação ao Recorrente:

“A concessão de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, quando requerida na perspectiva de recurso extraordinário interposto pela parte interessada, supõe, para legitimar-se, a conjugação necessária dos seguintes requisitos: (a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal (existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem ou resultante do provimento do recurso de agravo), (b) que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (c) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e (d) que se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do “periculum in mora”. Precedentes” (AC 2.798-ED, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 13.4.2011, grifos nossos).

“A atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário é medida excepcional, que somente se justifica se houver: a)

AC 3745 MC / SC

probabilidade de conhecimento e de provimento do recurso extraordinário; e b) demonstração pela parte de que a manutenção dos efeitos da decisão recorrida causará danos irreparáveis ou de difícil reparação ao recorrente. Precedentes” (AC 2.902-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 22.8.2011).

8. O Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“O contrato de leasing financeiro é um contrato complexo no qual predomina o aspecto financeiro, tal qual assentado pelo STF quando do julgamento do RE 592.905/SC. Assim, há se concluir que, tanto na vigência do DL 406/68 quanto na vigência da LC 116//203, o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, é a decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento.

Concluindo este tópico, tem-se que o Município do local onde sediado o estabelecimento prestador é o competente para a cobrança do ISS sobre operações de arrendamento mercantil, até porque é nele que se desenvolve a atividade sobre a qual incide o imposto, qual seja, de financiamento, de empréstimo de capital, circunstância que caracteriza o citado contrato, conforme definido pelo STF” (fl. 26, doc. 6, grifos nossos).

Para efeito de medida cautelar, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça parece harmonizar-se com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 592.905, com repercussão geral reconhecida:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO. ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O arrendamento mercantil compreende três modalidades, (i) o leasing operacional, (ii) o leasing financeiro e (iii) o chamado lease-back. No primeiro caso há locação, nos outros dois, serviço. A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inciso III do artigo 156 da Constituição. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do

AC 3745 MC / SC

inciso III do artigo 156 da Constituição. No arrendamento mercantil (leasing financeiro), contrato autônomo que não é misto, o núcleo é o financiamento, não uma prestação de dar. E financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir, resultando irrelevante a existência de uma compra nas hipóteses do leasing financeiro e do lease-back. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (RE 592.905, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJe 5.3.2010).

9. Quanto ao argumento veiculado no Recurso Extraordinário n. 845.766 de ter “o Superior Tribunal de Justiça [contrariado] o princípio da segurança jurídica ao alterar bruscamente o seu precedente longamente adotado sem oferecer, como salvaguarda, outorga de efeitos prospectivos ao novo precedente” (fls. 6-7, doc. 7), parece não ser a via recursal extraordinária própria para examine da presença ou não dos requisitos da segurança jurídica e do excepcional interesse social para restringir os efeitos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de se contrariar a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Representação de inconstitucionalidade de lei municipal em face de Constituição estadual. Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo tribunal de origem. Impossibilidade. Incidência da Súmula n. 279 da Corte.” (RE 596.108-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 3.9.2013, grifos nossos).

Neste exame preambular não se verifica a excepcionalidade a justificar a superação dos precedentes deste Supremo Tribunal para atribuir efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário n. 845.766, Relator o Ministro Dias Toffoli.

10. Pelo exposto, sem prejuízo da reapreciação da matéria, indefiro a medida liminar pleiteada.

11. Ressalte-se que o período no qual o Ministro Dias Toffoli, Relator do Recurso Extraordinário n. 845.766, estaria excluído da distribuição de

AC 3745 MC / SC

processos com requerimento de medida liminar terminou em 25.11.2014 (doc. 16).

Assim, **encaminhe-se esta ação ao Presidente deste Supremo Tribunal para análise de eventual redistribuição por prevenção** (art. 69 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.

Brasília, 3 de dezembro de 2014.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora