

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 847.985 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECTE.(S) : MUNICIPIO DE GARIBALDI
ADV.(A/S) : CLÁUDIO ROBERTO NUNES GOLGO E
OUTRO(A/S)
RECTE.(S) : BANCO MERCEDES-BENZ DO BRASIL S/A
ADV.(A/S) : RAFAEL DIAS TOFFANELLO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : OS MESMOS

DECISÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS. INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING FINANCEIRO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. INADMISSIBILIDADE DE RECURSO. CONTROVÉRSIA SOBRE O LOCAL DO FATO GERADOR DO TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO E DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO NÃO CONHECIDO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

RE 847985 / DF

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. *a*, da Constituição da República pelo Município de Garibaldi/RS contra julgado do Superior Tribunal de Justiça e agravo nos autos principais contra inadmissão de recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III. al. *a*, da Constituição da República por Banco Mercedes-Benz do Brasil S/A, nova denominação de Banco DaimlerChrysler S/A, contra julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

2. O 11º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ISS. INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA.

1. Entendimento sumulado do STJ, majoritário entre as Câmaras especializadas na matéria neste Tribunal de Justiça, no sentido de que há, no arrendamento mercantil (leasing), uma prestação de serviço, configurando fato gerador do ISS.

2. Em que pese a literalidade da alínea a do art. 12 do Decreto-Lei nº 406/68, na redação anterior à Lei Complementar nº 116/03, a jurisprudência assentou-se no sentido de que o Município onde é prestado o serviço é o competente para exigir o ISS, por força da sistemática constitucional, que adota o critério da territorialidade para fixação da competência em matéria tributária. Jurisprudência do STJ.

3. A base de cálculo do tributo é o preço do serviço, isto é, a receita bruta do arrendante, incluindo encargos financeiros.

Embargos infringentes acolhidos, por maioria”.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL – LEASING FINANCEIRO. COMPETÊNCIA PARA SE EFETUAR A COBRANÇA DO TRIBUTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 12, ‘A’, DO DECRETO-LEI 406/68

RE 847985 / DF

(REVOGADO PELA LC 116/2003). ALTERAÇÃO DA ORIENTAÇÃO DA PRIMEIRA SEÇÃO/STJ. LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR CONSIDERADO COMO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO RECORRIDO.

1. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.060.210/SC (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 5.3.2013), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que: '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'.

2. Agravo regimental não provido".

3. O recurso extraordinário interposto por Banco Mercedes-Benz do Brasil S/A, inadmitido na origem, tem como objeto o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Assevera-se, nesse recurso, ter aquele Tribunal contrariado o art. 156, inc. III, da Constituição da República.

O Agravante sustenta, em suas razões de recurso extraordinário, que

"o arrendamento mercantil traduz, nítida e indubitavelmente, obrigação de dar, uma vez que se trata de negócio jurídico mediante o qual o arrendador se obriga a entregar a coisa ao arrendatário, por tempo determinado.

(...)

Enquanto obrigação de dar, o arrendamento mercantil de modo algum pode legar à exigência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, uma vez que o serviço passível de tributação por esse imposto implica, necessariamente, uma prestação laboral, um facere, e não uma entrega ou dação de coisa.

(...)

Enfim, é de suma importância registrar que o arrendamento

RE 847985 / DF

mercantil, assim como a locação de bens móveis, não pode ser fato gerador do ISS, pois se trata de operação caracterizadora de uma 'obrigação de dar' e não de uma 'obrigação de fazer', não se coadunando com o conceito de 'serviço', passível de sofrer incidência do ISS".

4. Em 28.4.2010, o Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, após ter sobrestado o recurso extraordinário, declarou prejudicado esse recurso, por *"esta[r] a decisão atacada em sintonia com o decidido pelo STF no RE 592.905/SC, paradigma com repercussão geral reconhecida e mérito julgado"*.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, pelo que interposto agravo pelo Banco Mercedes-Benz do Brasil S/A sob os seguintes fundamentos:

"o recurso extraordinário somente pode ser julgado prejudicado nos termos do § 3º, do artigo 543-B, do CPC, se a decisão do STF, que lhe é contrária, for definitiva, ou seja, após o seu trânsito em julgado.

(...)

O supra transcrito parágrafo 1º não deixa margens de dúvidas de que o sobrestamento dos demais recursos extraordinários, com o mesmo objeto do recurso cuja repercussão geral foi reconhecida, se dá até o pronunciamento final do STF. Em sendo assim, conclui-se que a decisão ora agravada merece reforma, uma vez que o STF ainda não deu a última palavra sobre a constitucionalidade da incidência do ISS sobre as operações de leasing, conforme infere-se do andamento processual dos autos dos embargos de declaração opostos no RE 547.245/SC".

5. No recurso extraordinário do Município de Garibaldi/RS, cujo objeto é o julgado do Superior Tribunal de Justiça, alega-se ter aquele Tribunal contrariado os arts. 2º, 146, inc. III, e 156, inc. III, da Constituição da República.

RE 847985 / DF

Argumenta que

“o STJ criou — por acórdão e não por lei — um “serviço” que nitidamente não é serviço, e que, além de não estar na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, tem um defeito técnico insanável, porquanto decisão não é serviço, é ato de gestão.

(...)

Em outro prumo, a alteração do instituto denominado de arrendamento mercantil aconteceu quando o egrégio STJ incluiu nele o financiamento, situação que todos enxergam inexistente, porquanto o bem a ser arrendado é sempre comprado em nome da empresa denominada de arrendadora e isso não configura operação de financiamento, mas sim operação financeira.

(...)

Ora, qualquer operador do direito que minimamente raciocine sobre o tema intui sem dificuldade que o ato administrativo de gestão (decisão) não é serviço, e se não é serviço não pode ser fato gerador do imposto sobre serviços, tributo que só pode incidir sobre uma prestação de serviços, porquanto, para haver incidência do ISS, há necessidade da existência de 3 situações simultâneas e obrigatórias:

- 1. o serviço tem de estar previsto na lista (que é exaustiva);*
- 2. o serviço tem de ser oneroso;*
- 3. o serviço tem de ser prestado a terceiro.*

Ademais disso, se a decisão sobre a aprovação e concessão de financiamento fosse um serviço tributável pelo ISS, os municípios também poderiam valer-se do mesmo texto do item 15.09 (e demais serviços relacionados ao arrendamento mercantil) para, considerando que os fatos geradores acontecem nos seus territórios, colocarem previsões similares na sua lei local e desse modo passarem a exigir das instituições de arrendamento mercantil o ISS sobre:

a) o serviço da transferência da posse de veículos comprados através de leasing;

b) o serviço da transferência da propriedade de veículos comprados através de leasing.

(...)

Por conseguinte, verifica-se que a deliberação questionada, ao usurpar a função desse STF, violou o artigo 156, III, da Constituição

RE 847985 / DF

Federal, e esse dispositivo está expressamente mencionado no item 2 do acórdão ("A necessidade de lei complementar federal, no que se refere aos aspectos estruturais do ISS decorre da própria exigência da Constituição Federal, arts. 146, III, e 156, § 3º"), e tal referência até tornou despiciendo o prequestionamento nos embargos declaratórios que se seguiram.

Então, por mais este aspecto se mostra necessário o julgamento deste recurso extraordinário para que esse Pretório Excelso assumira sua prerrogativa de interpretar a Constituição Federal e defina se no conceito de demais serviços relacionados ao arrendamento mercantil (item 15.09, da Lista anexa à LC 116/2003) estaria inserido o suposto serviço (???) denominado de decisão sobre a concessão do financiamento".

Examinados os elementos havidos no processo, **DECIDO**.

6. Diversos são os recursos e diferentes os julgados recorridos, pelo que o exame de cada qual há de respeitar a especificidade que o caso reclama.

Examino, inicialmente, o agravo nos autos principais interposto por Banco Mercedes-Benz do Brasil S/A.

7. O art. 544 do Código de Processo Civil, com as alterações da Lei n. 12.322/2010, estabelece que o agravo contra inadmissão de recurso extraordinário processa-se nos autos, ou seja, sem a necessidade de formação de instrumento, sendo este o caso.

Analisa-se, portanto, os argumentos postos no agravo, de cuja decisão se terá, na sequência, se for o caso, exame do recurso extraordinário.

8. O presente recurso não pode ser conhecido por incabível.

9. O Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande

RE 847985 / DF

do Sul aplicou a sistemática da repercussão geral e julgou prejudicado o recurso extraordinário, nos termos do art. 543-B, do Código de Processo Civil.

No julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 760.358, Relator o Ministro Gilmar Mendes, este Supremo Tribunal assentou, desde 2009, não caber recurso ou outro instrumento processual para o Supremo Tribunal Federal contra decisão pela qual se aplica a sistemática da repercussão geral na origem, nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil:

“Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. 1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo Tribunal de origem” (DJe 19.2.2010, grifos nossos).

Nesse mesmo sentido:

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Civil. Recuperação judicial e falência. 3. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal rever decisão que, na origem, aplica o disposto no art.

RE 847985 / DF

543-B do CPC. Precedente. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 736.723, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22.8.2014).

A decisão agravada harmoniza-se com essa orientação jurisprudencial, pelo que o agravo não deve ser conhecido.

10. Análise o recurso extraordinário interposto pelo Município de Garibaldi/RS.

11. Quanto à constitucionalidade da incidência do Imposto sobre Serviços – ISS nas operações de arrendamento mercantil financeiro, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça está em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal:

“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 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).

12. Ademais, no voto condutor do julgado do Superior Tribunal de

RE 847985 / DF

Justiça, o Ministro Relator afirmou:

“A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.060.210/SC (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 5.3.2013), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que: ‘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’.

(...)

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental”
(grifos nossos).

A apreciação do pleito recursal demandaria o reexame do conjunto fático-probatório e da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Decreto-Lei n. 406/1968, Lei Complementar n. 116/2003 e Código Tributário Nacional), procedimento inviável de ser validamente adotado nesta via processual. Incide, na espécie, a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal:

“ISS. Competência para tributação. Local da prestação do serviço ou do estabelecimento do prestador do serviço. Matéria Infraconstitucional. Repercussão geral rejeitada” (AI 790.283-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário Virtual, DJe 3.9.2010).

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. ISS. Decreto-lei n. 406/68. Ofensa reflexa. Requisitos. Reexame de fatos e provas e do contrato social. Impossibilidade. Súmulas n. 279 e 454 desta Corte. 1. O Tribunal local, com base nos elementos probatórios do autos e na legislação infraconstitucional (Decreto-lei n. 406/68), consignou que a agravante não cumpre os requisitos para ter direito a tratamento privilegiado no recolhimento do ISS. Para se alterar esse

RE 847985 / DF

entendimento e se avaliar os argumentos expendidos pela agravante, seria necessário analisar o decreto em comento, o contrato social e os fatos e as provas que permeiam a lide, o que é vedado nesta instância recursal. Incidência, na espécie, das Súmulas ns. 279 e 454 desta Suprema Corte. 2. O acórdão recorrido tomou como fundamento a norma do art. 9º, § 3º, do Decreto-lei n. 406/68. Dessa forma, eventual afronta à Constituição, se houvesse, seria indireta. 3. Agravo regimental não provido” (RE 642.510-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 14.9.2012).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. COMPETÊNCIA PARA TRIBUTAÇÃO. 1. Reexame de fatos e provas e interpretação de cláusulas contratuais: Súmulas n. 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal. 2. Análise de normas locais: Súmula n. 280 deste Supremo Tribunal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (RE 621.415-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 19.9.2012).

13. Pelo exposto, não conheço do agravo interposto por Banco Mercedes-Benz do Brasil S/A (art. 544, § 4º, inc. I, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) e nego seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Garibaldi/RS (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.

Brasília, 17 de novembro de 2014.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora