

OAB critica modulação de decisão sobre local da cobrança do ISS em leasing

A Ordem dos Advogados do Brasil entrou em cena para tentar derrubar a última [decisão](#) do Superior Tribunal de Justiça na batalha jurídica pelo local da cobrança do Imposto Sobre Serviços no caso de *leasing*. Mesmo não sendo parte no processo, a entidade distribuiu, nesta segunda-feira (6/5), memorial em que afirma que o município de Tubarão (SC), nos Embargos de Declaração que levaram o relator do caso, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a suspender os efeitos da [decisão](#) da 1ª Seção da corte no Recurso Especial 1.060.210, tornou o resultado do julgamento "desvirtuado". Segundo a OAB, a embargante "tenta, deselegantemente e de forma desrespeitosa a este tribunal, apontar uma 'reviravolta' da jurisprudência da corte e, assim o fazendo, pede uma 'modulação de efeitos' da decisão". O julgamento colegiado do recurso foi marcado para o próximo dia 22 de maio.

Nos embargos, providos liminarmente pelo ministro relator no dia 16 de abril, o município buscou adiar os efeitos da decisão que considerou correta a cobrança do ISS, no caso de arrendamento mercantil, no local da sede de empresa arrendadora. Em novembro do ano passado, a 1ª Seção [decidiu](#) que o ISS, no caso de *leasing* financeiro, deve ser cobrado no local da prestação do serviço, mas que, nesse tipo de operação, "o serviço em si, que completa a relação jurídica, é a decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento", o que ocorre nos "grandes centros financeiros" — ou seja, no município onde geralmente fica a sede da empresa, e não onde o bem é arrendado.

O exemplo concreto usado foi o de arrendamento de automóveis, levado à corte pela empresa Potenza Leasing S/A Arrendamento Mercantil, defendida pelo advogado Marcelo Tesheiner Cavassani, do escritório Martins e Serrano Cavassani Sociedade de Advogados. Diz o acórdão: "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 conseqüentes do serviço cujo núcleo — fato gerador do tributo — é a decisão sobre a concessão, aprovação e liberação do financiamento".

No entanto, o município de Tubarão, defendido pelo advogado Eduardo Lucho Ferrão, alegou que a cobrança do ISS deve ser feita no local da prestação do serviço e que houve ruptura na jurisprudência firmada pelo STJ há décadas, de que o local da prestação é que definia o município arrecadador.

Assinado pelo presidente da OAB, Marcus Vinícius Furtado Coêlho, e pelo procurador tributário da entidade, **Luiz Gustavo Bichara**, o memorial pretende desmentir a afirmação. “Este Superior Tribunal de Justiça, contrariamente ao que pretende demonstrar a embargante, já se deteve várias vezes e há anos na análise do tema, de forma que não há como sustentar que o acórdão embargado tenha inovado em rigorosamente nada”, diz o texto entregue aos ministros da 1ª Seção. A Ordem cita três acórdãos da 2ª Turma da corte, de 2007 (AgRg no Ag 903.224), 2009 (EDcl no AgRg no Ag 1.019.143) e 2010 (1.190.989), que deixam claro o entendimento dos ministros acerca da incidência do ISS no local da sede da prestadora, após entrar em vigor a Lei Complementar 116/2003, que disciplinou as regras para o ISS em todo o país.

A Ordem contesta também a pretensão do município em modular os efeitos da decisão da 1ª Seção sobre o tema, por ameaça à segurança jurídica. Segundo os advogados, ao [julgar](#), em 2007, o direito das indústrias ao crédito-prêmio do IPI no Recurso Especial 738.689, a corte definiu que só é possível a modulação de efeitos “em hipóteses de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal”.

“É impensável a modulação temporal dos efeitos da proclamação fora do controle de constitucionalidade. Essa é uma prerrogativa exclusiva do STF, e mesmo assim observados rigorosos parâmetros legais e jurisprudenciais. O próprio STF já disse, em reiteradas oportunidades, que somente ele, e em sua composição Plenária, é que têm os poderes da manipulação temporal das decisões, tendo em vista os evidentes perigos decorrentes da banalização desta técnica de julgamento”, afirma o procurador tributário da OAB, Luiz Gustavo Bichara.

Quanto ao argumento do município de que a aplicação imediata da decisão da 1ª Seção desfalcaria o erário em R\$ 30 milhões, a entidade é taxativa. “Não há prova alguma — rigorosamente nenhuma — de que se instalaria o caos em qualquer ente federativo por força do julgamento desta corte”, diz o memorial. “A defesa é novamente falaciosa, mais se aproximando dos já conhecidos ‘apelos à catástrofe’, ‘reserva do possível’ e ‘falácias *ad terrorem*’ que tanto proliferam quando entes federativos se veem como réus de qualquer ação.” E conclui: “A ninguém é dado se locupletar de sua própria torpeza. Se o ente federativo arrecadou tributo indevido, a única conclusão lógica e possível é a de que deve ele restituir”.

Como interessados no caso, constam no processo a Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais (Abrasf), defendida pelo advogado Ricardo Almeida Ribeiro da Silva; a Associação Brasileira das Empresas de Leasing (Abel), defendida pelo tributarista Hamilton Dias de Souza; e a Associação dos Municípios do Paraná (AMP), defendida pelo advogado Cláudio Bonato Fruet; além de outros municípios. Embora a Ordem não apareça como parte, é comum que, em grandes *leading cases*, os ministros recebam memoriais de advogados não listados no processo. Essas peças normalmente não são juntadas aos autos.

Clique [aqui](#) para ler a decisão do ministro relator.

Clique [aqui](#) para ler o acórdão da 1ª Seção do STJ.

Leia o memorial entregue aos ministros:

COLENO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EGRÉGIA PRIMEIRA SEÇÃO

MEMORIAL DE JULGAMENTO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.060.210/SC

EMBARGANTE: MUNICÍPIO DE TUBARÃO

EMBARGADA: POTENZA LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL

MATÉRIA: ISS – LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003 – ARTIGO 3º – LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR – JULGAMENTO DO RECURSO EM REGIME DE RECURSO REPETITIVO (ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) – PEDIDO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

Pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB),

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO

LUIZ GUSTAVO A.S. BICHARA

I – DA NECESSIDADE DE O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB APRESENTAR MEMORIAIS DE JULGAMENTO NOS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.060.210/SC

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, na condição de serviço público independente, dotado de personalidade jurídica nos termos da Lei nº 8.906/94, tem competência legal de defesa da Constituição, dos direitos humanos e da justiça social, conforme o artigo 44, inciso I da Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB.

Os embargos de declaração opostos pelo Município de Tubarão suscitam reflexões bastante preocupantes, notadamente porque envolvem princípios bastante caros para a ordem jurídica, como a segurança e a estabilidade da jurisprudência.

Ocorre que, como será visto, o resultado do julgamento do recurso especial por esta Egrégia Primeira Seção foi, *data venia*, desvirtuado pela embargante, que tenta, deselegantemente e de forma desrespeitosa a este Tribunal, apontar uma “reviravolta” da jurisprudência da Corte e, assim o fazendo, pede uma “modulação de efeitos” da decisão.

II – DO ACÓRDÃO EMBARGADO E DA AUSÊNCIA DE QUALQUER VÍCIO NO JULGAMENTO – INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL ACERCA DO ISS E DO LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR FACE O ARTIGO 3º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003

O Município de Tubarão aponta as seguintes omissões e contradições do acórdão, exatamente como se vê da respectiva petição de embargos:

“i) Contradição e Obscuridade quanto à divergência entre o Acórdão embargado e o Acórdão do STF, além de erros de fato, com possibilidade de efeitos infringentes no julgamento;

ii) Obscuridade e Omissão por ausência de menção pelo STJ do fundamento utilizado para violar o princípio constitucional da separação de poderes e acrescentar regras inexistentes em Lei;

iii) Omissão quanto aos critérios justificadores para mutação da jurisprudência consolidada há mais de 20 anos pelo STJ;

iv) Omissão quanto aos efeitos do acórdão em relação às ações judiciais em trâmite e aos valores recebidos pelos municípios brasileiros em razão da orientação sedimentada há mais de 20 anos que acaba de sofrer abrupta mudança – necessidade de atribuir efeito prospectivo;”

Em brevíssimas palavras, o embargante sustenta que este Superior Tribunal de Justiça vinha, há vinte anos, adotando o entendimento de que o local da prestação do serviço é o elemento decisivo para fins de incidência do ISS, contrariamente ao que constou no acórdão embargado, que deu relevância ao local do estabelecimento prestador. Esse aspecto, portanto, traria consequências desastrosas ao Município Embargante;

O argumento posto nos embargos, contudo, é falacioso. Com efeito, a Lei Complementar nº 116/2003, procurando diminuir as infundáveis dúvidas que existiam quanto ao ISS à época do Decreto-Lei nº 406/68, estabeleceu, com exceções que não interessam aos presentes embargos, um critério geral para definir o aspecto espacial da hipótese de incidência, qual seja, o local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, o local do domicílio do prestador. Estabelecimento prestador, também pela mesma lei complementar, foi conceituado como “o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas” (artigo 4º).

Este Superior Tribunal de Justiça, **contrariamente ao que pretende demonstrar a embargante**, já se deteve várias vezes e há anos na análise do tema, de forma que não há como sustentar que o acórdão embargado tenha inovado em rigorosamente nada. Aliás, desde 2007, esta Corte assim já decidia:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL – ISS – COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA – LC 116/2003.

1. *Decisão agravada que, equivocadamente, decidiu à questão tão-somente à luz do art. 12 do Decreto-lei 406/68, merecendo análise a questão a partir da LC 116/2003.*
2. *Interpretando o art. 12, "a", do Decreto-lei 406/68, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que a competência tributária para cobrança do ISS é do Município onde o serviço foi prestado.*
3. *Com o advento da Lei Complementar 116/2003, tem-se as seguintes regras: a) o ISS é devido no local do estabelecimento prestador (nele se compreendendo o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas); e b) na falta de estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII do art. 3º da LC 116/2003.*
4. *Hipótese dos autos em que não restou abstraído qual o serviço prestado ou se o contribuinte possui ou não estabelecimento no local da realização do serviço, de forma que a constatação de ofensa à lei federal esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.*
5. *Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 903.224/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 307)”*

Posteriormente, no mesmo sentido:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO CONFIGURADA. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. COMPETÊNCIA PARA COBRANÇA DO TRIBUTO. FATO GERADOR. MUNICÍPIO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

1. *A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que competente para a cobrança do ISS é o município em que ocorre a prestação do serviço, ou seja, onde se concretiza o fato gerador.*
2. *Na hipótese, discutem-se fatos geradores posteriores à LC 116/2003, o que não altera a sorte da demanda, pois a LC 116/2003 determina, em caso de arrendamento mercantil, que "o serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador" (art. 3º, caput, c/c o item 15.09 da lista anexa), a exemplo do que era previsto pelo DL 406/1968 (art. 12, "a").*
3. *Dito de outra forma, as exceções à regra geral prevista no caput do art. 3º da LC 116/2003 (ISS devido no local do estabelecimento prestador), apesar de mais numerosas e amplas que aquelas previstas no DL 406/1968 (art. 12, "b" e "c"), não abarcam o arrendamento mercantil (art. 3º, incisos I a XII, da LC 116/2003).*

4. Embargos de Declaração acolhidos sem efeito infringente. (EDcl no AgRg no Ag 1019143?SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13?10?2009, DJe 15?12?2009)”

O voto do Ministro Castro Meira, por exemplo, no Recurso Especial 1.190.989/MG, julgado em 23 de novembro de 2010, explica bem essa percepção do ISS frente à Lei Complementar nº 116/2003:

“Como se observa, a municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços. Considera-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica.

Isso significa que nem sempre a tributação será devida no local em que o serviço é prestado. O âmbito de validade territorial da lei municipal compreenderá a localidade em que estiver configurada uma organização (complexo de bens) necessária ao exercício da atividade empresarial ou profissional.

Assim, por exemplo, se uma sociedade empresária estabelecida em um determinado município, presta o serviço uma única vez em outro município, o ISS é devido no local em que sediada. No entanto, se essa mesma sociedade aluga uma sala comercial nesse outro município, contrata funcionários e lá passa a exercer a atividade econômica, a tributação, aí sim, será devida na localidade em que prestado o serviço.

Essa mesma opinião é comungada por José Eduardo Soares de Melo que, acompanhando o entendimento de Misabel Abreu Machado Derzi, assim conclui:

Justificável a assertiva de que o estabelecimento prestador não será um singelo depósito de materiais ou a existência de um imóvel, sendo necessária a organização, unificada em uma unidade econômica indispensável à prestação do serviço. O local onde se situar tal organização (de fato, não por ficção formal ou declaração de fachada do contribuinte, atrairá o âmbito de validade territorial da lei municipal respectiva. (ISS – Aspectos Teóricos e Práticos. 5a. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 195).”

Não chega, portanto, a haver qualquer novidade no entendimento da Corte a respeito. Os embargos de declaração tentam induzir a uma conclusão inválida.

Mesmo que assim não fosse, a pretensão de modular efeitos também não traz qualquer consistência. Tal qual quanto ao mérito, a questão já foi enfrentada pela Corte no ano de 2007, quando em julgamento o rumoroso caso do crédito-prêmio IPI, tendo se concluído que a modulação de efeitos, à míngua de previsão legal específica, somente tem pertinência em hipóteses de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Essa foi precisamente a linha que prevaleceu quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 738.689/PR, relator o Senhor Ministro Teori Albino Zavascki, vencidos, no ponto, os eminentes Ministros Herman Benjamin e João Otávio de Noronha:

“TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491?69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. "MODULAÇÃO TEMPORAL" DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491?69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-lei 1.658?79, modificado pelo Decreto-lei 1.722?79), seja pelo fundamento

de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT).

2. Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a "modulação temporal" da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados.

3. Embargos de divergência improvidos.

(grifos da transcrição)

Independente disso, ainda que possível fosse a modulação de efeitos no julgamento do recurso especial de que se cuida, ela nunca poderia aproveitar à embargante. Não há qualquer “reviravolta de jurisprudência”, como quer fazer crer o embargante.

Por fim, o embargante defende que “somente o Município de Tubarão recebeu aproximadamente R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) oriundos de receita tributária de ISS sobre operações de leasing, seja através de recolhimentos voluntários, seja através de ações judiciais e execução fiscal ajuizadas DESDE 2002 (MAIS DE DEZ ANOS). Tal montante corresponde a aproximadamente 30% (trinta por cento) de toda receita estimada para um exercício financeiro inteiro, para se ter uma noção de quanto significativa para o Embargante”. A defesa é novamente falaciosa, mais se aproximando dos já conhecidos “apelos à catástrofe”, “reserva do possível” e “falácias ad terrorem” que tanto proliferam quando entes federativos se veem como réus de qualquer ação. Não há prova alguma – rigorosamente nenhuma – de que se instalaria o caos em qualquer ente federativo por força do julgamento desta Corte. O argumento é posto inteiramente no vazio. Contudo, mesmo que verdadeiro fosse, o fato é que a ninguém é dado se locupletar de sua própria torpeza. Se o ente federativo arrecadou tributo indevido, a única conclusão lógica e possível é a de que deve ele restituir. Não há alternativa válida para essa dúvida aparente. Como se não bastasse o perverso regime de precatórios para repetição do indébito, o Município de Tubarão ainda se pretende detentor de um direito a tratamento privilegiado em relação a todos os demais devedores.

Aliás, chega a ser curioso que a Fazenda Pública venha pedir e defender uma tal modulação de efeitos, quando e somente quando, o resultado lhe é adverso.

III – DO PEDIDO

Pelo exposto, dada a relevância da matéria e a representatividade do Conselho Federal da OAB (nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 9.868/99), requer a Vossa Excelência que receba o presente memorial e, em o fazendo, considere os fundamentos para fins de NEGAR PROVIMENTO aos embargos de declaração opostos pelo Município de Tubarão.

Brasília (DF), 25 de abril de 2013.

MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO

Presidente do Conselho Federal da OAB

LUIZ GUSTAVO A.S. BICHARA

Procurador Tributário do Conselho Federal da OAB
OAB/RJ 112.310

Date Created
06/05/2013