

*Mandado de segurança preventivo. Recolhimento de ISS.
Questões variadas*

Processo 361

Impetrante: *Banco Dimensão S/A*

Impetrado: *Coordenador da Coordenação do ISS da Secretaria de Fazenda do Município do Rio de Janeiro*

PARECER

MM. Juiz,

Trata-se de *mandamus* preventivo, impetrado pelo BANCO DIMENSÃO S/A, objetivando a concessão da segurança para que seja reconhecido o direito de não recolher o ISS referente aos Itens XLIV, XLVI e XLVIII, do art. 8º, da Lei Municipal nº 691/84.

Süstenta, em síntese, que é uma instituição financeira; que tem por objetivo social a prática de operações ativas, passivas e acessórias e a prestação de serviços inerentes às respectivas carteiras autorizadas (comercial – inclusive operações de câmbio – e de crédito, financiamento e investimento), de acordo com as disposições legais e regulamentares vigentes, consoante previsto no art. 3º de seu Estatuto Social; que está autorizada a funcionar pelo Banco Central; que, por força dos itens XLIV, XLVI e XLVIII, da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, encontra-se excluída do campo de incidência do ISS sobre operações descritas nos referidos itens; que o Código Tributário Municipal reproduzia fielmente, no seu art. 8º, a Lista de Serviços disposta na Lei Complementar nº 56/87; que, no entanto, a Lei Municipal nº 2.277/94, art. 2º, alterou o art. 8º do Código Tributário Municipal, passando a tributar, a partir de 01/01/96, as instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central; que a incidência do ISS sobre os serviços prestados pelo impetrante fere o disposto no art. 156, III, da Constituição Federal, posto que este artigo estabelece a competência municipal para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza que não estejam

compreendidos no art. 155, II, da Carta Magna, mas que sejam definidos em Lei Complementar; que a lista prevista na Lei Complementar nº 56/87, anexa ao Decreto-lei nº 406/68, é taxativa; que o tratamento dado pelo Decreto-lei nº 406/68, nos itens XLIV, XLVI e XLVIII, não viola o princípio da isonomia tributária, pois estão excluídos da tributação apenas os serviços considerados atividades de âmbito nacional, importantes o suficiente para merecerem a competência legislativa exclusiva da União, já que a exclusão visa também proteger o bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional; que o princípio da isonomia tributária só pode ser invocado pelo contribuinte em face do detentor do poder de tributar.

A autoridade impetrada, devidamente notificada, arguiu que o *mandamus* foi impetrado contra lei em tese, o que não é admissível em sede de mandado de segurança e, no mérito, rechaçou a pretensão do impetrante, no que foi acompanhada pelo Município do Rio de Janeiro, que alegou também a ocorrência de litispendência, face à tramitação de mandado de segurança coletivo impetrado, em 20/12/95, pelo Sindicato dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro, pelo Sindicato das Sociedades Corretoras de Fundos Públicos e Câmbio do Rio de Janeiro e pela Associação Nacional dos Bancos de Investimentos.

Aduziu, ainda, faltar interesse processual ao impetrante, em virtude de ter sido concedida liminar no mandado de segurança impetrado na 8ª Vara de Fazenda Pública, o que afastou o risco de o impetrante sofrer lesão a suposto direito.

Passo a opinar.

Inicialmente, cumpre analisar a ocorrência de litispendência.

Efetivamente, às fls. 99/102, o impetrante ressalta que no *mandamus* 353 discute-se matéria rigorosamente igual ao presente *writ* e que o Sindicato dos Bancos do Rio de Janeiro é entidade representativa dos seus interesses em alguns casos. Contudo, assevera que não teve ciência da impetração do mandado de segurança coletivo 353 e pleiteia o direito de ser excluído da decisão a ser proferida no *writ* em tramitação na 8ª Vara de Fazenda Pública.

Por seu turno, à fl. 114 está anexada cópia de um documento expedido pelo Sindicato dos Bancos do Rio de Janeiro declarando que a Administração encontra-se autorizada por seus associados a impugnar judicialmente a cobrança do ISS de Instituições Financeiras Seguradoras e equiparadas sobre as atividades de agenciamento, intermediação de títulos, administração de fundos e outras que dela são típicas, sem, entretanto, constar dos autos a autorização prévia de seus filiados, manifestada em Assembléia Geral, ou, pelo menos, o Estatuto da entidade que preveja o ingresso em juízo.

Entretanto, como parte da doutrina entende que para a utilização do remédio heróico prescinde-se de autorização, porque os interesses a serem

protegidos são coletivos e também porque a autorização específica daria um cunho de mandato, o que descaracterizaria o *writ* coletivo, onde ocorre o fenômeno da substituição processual, penso que a ausência da autorização específica, dada pelo ora impetrante, não impede o Sindicato dos Bancos do Rio de Janeiro de defender judicialmente os interesses de todos os seus filiados, inclusive os direitos do impetrante.

Mas, também segundo a melhor doutrina, o exercício da modalidade coletiva por um dos legitimados (art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal) não retira do filiado o direito de utilizar o mandado de segurança individual, visto que não pode ser postergado o direito dos filiados de se defenderem pessoalmente.

Ademais, no eventual conflito de coisas julgadas que se formar entre a decisão favorável da demanda coletiva e a desfavorável no processo individual, o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor resolve expressamente o problema, pela exclusão do demandante individual, que não requereu a suspensão de seu processo, dos efeitos da decisão favorável no processo coletivo.

Aliás, a Professora **Ada Pellegrini Grinover**, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do Anteprojeto* – Ed. Förens Universitária – 2ª Edição, ao dissertar sobre os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, faz expressa menção à aplicação dos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor nos mandados de segurança coletivos, ante a falta de dispositivo legal que regule os efeitos da coisa julgada, especificamente no *writ* coletivo, consoante se vê dos comentários abaixo transcritos:

“Pensamos que também o mandado de segurança coletivo, ainda pendente de tratamento legislativo próprio, rege-se-á, até eventual normação em contrário, pelos dispositivos do Código sobre a coisa julgada, que não colidem com a ordenação Constitucional e Legislativa, mas a complementam.”

Assim, *in casu*, ante a afirmação expressa do impetrante de que deseja ser excluído dos efeitos do mandado de segurança nº 353, em tramitação na 8ª Vara de Fazenda Pública, creio que não se operou o fenômeno da litispendência, eis que a solução para o caso encontra-se no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, que pode e deve ser aplicado nesta hipótese.

É que o art. 104 resolve a questão quando faculta ao autor individual o direito de suspender o processo intentado a título pessoal para usufruir dos

benefícios da eventual sentença coletiva favorável. Porém, na hipótese de a ação individual prosseguir o seu curso, não haverá aproveitamento da coisa julgada coletiva, numa expressa exceção à regra geral do Código de Defesa do Consumidor sobre a extensão subjetiva do julgado.

Portanto, superada a questão da litispendência, já que resolvida à luz do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, posto que o impetrante deseje ser excluído expressamente dos efeitos da coisa julgada no mandado de segurança 353, o que, aliás, deverá ser informado ao Juízo da 8ª Vara de Fazenda Pública, passo a enfrentar a preliminar de falta de interesse processual.

Data venia, a própria manifestação de vontade do impetrante no sentido de ser excluído dos efeitos da decisão a ser proferida no *mandamus* 353 e, portanto, dos efeitos da liminar concedida naquele processo já demonstra o seu interesse processual, pois não almeja ser defendido pelo Sindicato dos Bancos do Rio de Janeiro.

Por outro lado, o presente mandado de segurança não foi impetrado contra lei em tese, na medida em que há justo receio de seu suposto direito vir a ser violado, vez que, não fosse por força da liminar deferida por este juízo, provavelmente a autoridade impetrada já poderia ter aplicado o disposto no art. 8º do Código Tributário Municipal, compelindo o impetrante a recolher o ISS.

Ultrapassadas as preliminares, no mérito, creio que razão assiste ao impetrante. É que comungo do entendimento agasalhado pelo S.T.J. e pelo S.T.F. de que a lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68 é taxativa. Neste caso, o Município do Rio de Janeiro, em observância ao que reza o art. 156, III, da Constituição Federal, não poderia tributar os serviços excluídos da lista, haja vista que o seu poder de tributar está adstrito à referida lista. Neste sentido, inclusive, veja-se a ementa abaixo transcrita:

“Tributário - ISS - Serviços Bancários - Não Incidência - Decreto-lei 406/68.

Não incide o ISS sobre serviços bancários não compreendidos na lista que acompanha o Decreto-lei 406/68, alterada pelo Decreto-lei 834/69, posto que exaustiva. Precedentes.”

(RE nº 29.133-4-SP- (93.0026709-4) - STJ - por unanimidade - Relator Exmo. Sr. Ministro Américo Luz).

Por sua vez, na ausência de Lei Complementar regulando o novo Sistema Tributário Nacional, permanecem em vigor as regras anteriores, desde que não sejam incompatíveis com o sistema tributário (art. 34, parágrafo 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Assim, na medida em que, de acordo com o art. 146, III, "a", da Constituição Federal, cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária e, especialmente, sobre os fatos geradores, base de cálculo e contribuintes dos tributos previstos na Carta Magna, é indubitável que o art. 8º, incisos XLIV, XLVI e XLVIII do Código Tributário Municipal, alterado pela Lei nº 2.277/94, ao determinar a incidência do ISS sobre os serviços prestados pelo impetrante, serviços excluídos pela Lei Complementar em vigor, cuja lista é taxativa, afrontou os arts. 146 e 156, III, da Constituição Federal, devendo, por conseguinte, ser reconhecida *incidenter tantum* a sua inconstitucionalidade.

Desta forma, por ter o Decreto-lei nº 406/68 fixado o fato gerador do tributo e os seus contribuintes, conforme determina o art. 146, III, "a", da C.F., creio que a lista anexa ao referido Decreto-lei deverá ser observada até que seja editada nova Lei Complementar. Por este motivo, inclusive, entendo que não merece prosperar a tese de que houve modificação do Código Tributário Municipal em razão de a não-incidência ser, na realidade, isenção heterônoma, incompatível com a nova Carta Constitucional, visto que a questão tem que ser resolvida levando em consideração o fato de que a Lei nº 2.277/94, simplesmente, ao excluir da não-incidência as atividades do impetrante, acabou por regulamentar norma sobre contribuintes e fato gerador, os quais, por força de determinação constitucional, devem ser objeto de Lei Complementar e não de lei ordinária municipal.

Face ao exposto, opina o Ministério Público no sentido de que seja concedida a segurança.

Rio de Janeiro, 13 de novembro de 1996.

Denise Soares Lopes

Curadora de Fazenda Pública