



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA  
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 757.276-5/2-00, da Comarca de SÃO PAULO-FAZ PÚBLICA, em que é apelante BANCO ALFA S/A sendo apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO:

**ACORDAM**, em Décima Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO APELO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO ALBERTO PEZARINI (Presidente), GERALDO XAVIER.

São Paulo, 26 de março de 2009.

**GONÇALVES ROSTEY**  
Relator



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO N° : 5739  
APEL.N° : 757.276-5/2-00 (3.003.094-7)  
COMARCA: SÃO PAULO  
APTES. : BANCO ALFA S.A. E OUTROS  
APDO. : PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

**MANDADO DE SEGURANÇA - Impetração objetivando o reconhecimento da ilegalidade e inconstitucionalidade da exigência de ISS sobre valores cobrados por instituição financeira em razão da prestação de garantias (aval e fiança) - Cabimento - Questão de direito que independe de produção de provas - Decreto de extinção afastado - Possibilidade de julgamento do mérito do mandado de segurança por essa Corte, mediante aplicação subsidiária do art. 515, § 3º, do CPC - Imposto incidente sobre valores recebidos a título de comissões pela prestação de garantias - Hipótese que não configura operação bancária mas prestação de serviços - Segurança denegada - Apelo provido em parte para afastar o decreto de extinção do mandamus, denegando-se, porém, a segurança**

Cuida-se de recurso de apelação voltado contra sentença de fls. 136-40 que julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Aduzem os impetrantes que há interesse de agir, considerando o trinômio necessidade, utilidade e adequação, pois a causa de pedir próxima é a cobrança ilegal de um tributo, ao passo que a remota é a própria inconstitucionalidade da lei, premissa maior para a existência do interesse de agir. Ressaltam que há relevância da fundamentação para a concessão da segurança, por estar ela em plena consonância com o disposto no inciso II do artigo 7º da Lei 1533/51, uma vez que a pretensão do Fisco Municipal em exigir o recolhimento do ISS sobre as atividades de emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres não pode subsistir, seja pelo fato de que tais atividades não compreendem verdadeiros serviços, seja porque a tributação destas atividades por meio de ISS implica invasão de competência tributária privativa da União. Ressaltam que o contrato de fiança, assim como o de aval, caracteriza obrigação de dar. Pugnam pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário na forma do inciso IV do artigo 151 do



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Código Tributário Nacional, assim como a concessão da segurança em definitivo julgando-se totalmente procedente o pedido, para o fim de lhes assegurar o direito líquido e certo de não efetuarem o recolhimento do ISS sobre as atividades previstas no Item 15.08 do artigo 1º da Lei nº 13.701/03, notadamente sobre as atividades de emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres.

Recurso recebido no efeito devolutivo, sem apresentação de contra-razões.

Manifestou-se o digno representante do Ministério Público, pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Trata a espécie de mandado de segurança, onde buscam as impetrantes afastar a cobrança de ISS sobre comissões recebidas por operações consistentes em prestação de garantia pelo banco agravante, ou seja, aval e fiança.

O MM. Juiz do feito, entendendo ser inadequada a via processual eleita pelos impetrantes, uma vez que sua pretensão exige a produção e a valoração de provas, em especial a pericial, não admitida em mandado de segurança, extinguiu o processo sem julgamento de mérito, facultando às impetrantes renovarem sua pretensão pelas vias ordinárias, com ampla produção de provas, para deslinde da controvérsia.

Todavia, a sentença é de ser reformada, eis que cabível na espécie o mandado de segurança, pois a questão não exige produção de provas, como afirmado pelo MM. Juiz sentenciante eis que os impetrantes afirmam que tais operações não se enquadram no conceito de "prestação de serviços", motivo pelo qual alegam ser inconstitucionais as leis que instituiu a cobrança sobre elas, ou seja, trata-se de questão meramente de direito.

Cabe salientar que, encerrando o lançamento atividade vinculada, conforme artigo 142 do Código Tributário Nacional, e, portanto, obrigatória, revela-se a juridicidade da ação voltada contra lei inconstitucional, ou norma inferior, ilegal, eis que o interesse de agir surge, na espécie, diante da alegada lesão que a cobrança do tributo irá lhes acarretar.

Ademais, a jurisprudência da Colenda Corte Superior sedimentou entendimento quanto à possibilidade da natureza declaratória do mandado de segurança - Súmula 213/STJ.

Veja-se:

**"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - EFEITO DECLARATÓRIO - QUESTÃO DE DIREITO - ICMS RELATIVO A BENS DO ATIVO FIXO.**



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1. A jurisprudência desta Corte sedimentou entendimento quanto à possibilidade da natureza declaratória do mandado de segurança - Súmula 213/STJ.

2. Da análise dos autos, verifica-se a desnecessidade de dilação probatória. O mandado de segurança preventivo trata de questão de direito, em torno da possibilidade ou não do creditamento dos valores relativos ao ICMS oriundo da aquisição de bens do ativo fixo.

3. Recurso especial provido." (RESP 473481/SP - Segunda Turma, Relator: Ministro ELIANA CALMON, DJ de 04/08/2003 PG: 00274).

É de se reconhecer, pois, o cabimento do mandado de segurança, afastando-se, por conseguinte, o decreto de extinção.

Possível, por outro lado, o julgamento do mérito do mandado de segurança por essa Corte, mediante aplicação subsidiária do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CABIMENTO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 266/STF - COLÉGIO REGISTRAL DO RIO GRANDE DO SUL - PROVIMENTO 13/2002 DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - INCORPORAÇÃO DE EMPRESA - AVERBAÇÃO - ART. 234 DA LEI 6.404/76.

1. Doutrina e jurisprudência entendem que, se a lei gera efeitos concretos quando é publicada, ferindo direito subjetivo, é o mandado de segurança via adequada para impugná-la.

2. O Provimento 13/2002 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao dispor sobre a atividade dos registradores de imóveis, os atingiu de forma concreta, dando ensejo à impetração do writ preventivo. Inaplicabilidade da Súmula 266/STF.

3. Possibilidade de julgamento do mérito do mandamus por essa Corte.

Aplicação subsidiária do CPC (art. 515, § 3º). Precedentes.

4. Segundo a Lei 6.404/76 (arts. 98 e 234), o ato praticado pelo Oficial de Registro no caso de incorporação de sociedade é a AVERBAÇÃO, enquanto que, em se tratando de incorporação de bens, deve proceder ao REGISTRO.

5. Legalidade do Provimento 13/2002-CGJ. Inexistência de direito líquido e certo a proteger.

6. Recurso ordinário provido para conhecer do mandado de segurança, mas negar-lhe provimento." (ROMS 18698/RS - Segunda Turma, Relator: Ministro ELIANA CALMON, DJ de 18/04/2005 PG: 00242).

Porém, ao contrário do alegado, não cuida a espécie de mera operação financeira, de oferecimento de



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

garantia de favor, prestada ao cliente, mas sim de prestação de serviço, pois, para sua emissão, a entidade financeira cobra importância que denomina "comissão".

Nesse caso, o ISS é devido sobre o preço da tarifa cobrada.

Veja-se importante e pertinente lição extraída do "Manual do Imposto Sobre Serviços", de Sérgio Pinto Martins, ed. Atlas, 6ª edição, pág. 261:

*"Caso o banco cobre importância para prestar o aval, fiança ou anuência, incidirá o ISS, pois se trata da prestação de serviço ao cliente.*

*A mera prestação de aval ou fiança não é uma operação financeira, pois o banco não desembolsa nenhum valor, apenas presta uma garantia num título de crédito ou num contrato. Trata-se de um serviço. Sobre o preço do serviço incide o ISS."*

Portanto, não há verossimilhança do direito alegado, que possa viabilizar a suspensão ou impedir da exigibilidade do crédito tributário, de forma que, devido o ISS incidente sobre as atividades ora discriminadas, a segurança é de ser denegada.

Isto posto, dá-se provimento em parte ao apelo, para afastar o decreto de extinção da ação, denegando-se, porém, a segurança.

  
JOSÉ GONÇALVES ROSTEY  
Desembargador Relator