



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000426463

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2267563-71.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MARÍLIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. SÉRGIO RUI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), SALLES ROSSI, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO julgando a ação procedente; E SÉRGIO RUI (com declaração) julgando a ação improcedente.

São Paulo, 15 de junho de 2016.

Ricardo Anafe
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2267563-71.2015.8.26.0000
Requerente: Prefeito do Município de Marília
Requerido: Presidente da Câmara Municipal de Marília
TJSP – (Voto nº 27.648)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 711, de 23 de outubro de 2014, que modificou o artigo 190, do Código Tributário Municipal - Norma que insere o exercício de Óptico Optometrista e prestação de serviços de Optometria Básica e Plena na lista de Impostos sobre Serviços (ISS) - Usurpação de competência - Ocorrência - Profissão que não consta da lista taxativa anexa à Lei Complementar nº 116/2003 - Atividade agregada e não autônoma, afastada a possibilidade, *in casu*, de interpretação extensiva - Afronta ao princípio federativo - Ofensa aos artigos 1º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Pedido procedente.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Marília, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 711, de 23 de outubro de 2014, que modificou a Lei Complementar nº 158/97 (Código Tributário Municipal), artigo 190, item 4.24, incluindo o exercício de Óptico Optometrista e prestação de serviços de Optometria Básica e Plena no rol de atividades tributáveis pelo ISS, pois segundo ele, viola o princípio federativo inserido nos artigos 1º e 144, da Constituição do Estado de São



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Paulo.

A liminar foi deferida (fl. 33/34).

Notificada, a Câmara Municipal de Marília, representada por seu Presidente, prestou informações, defendendo a validade do ato normativo questionado (fl. 38/43).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 46/48).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 53/59, opinou pela improcedência do pedido.

2. É o relatório.

Dispõe a Lei Complementar nº 711, de 23 de outubro de 2014, do Município de Marília, *in verbis*:

“Art. 1º. Fica incluído item 4.24, no artigo 190, da Lei Complementar nº 158, de 29 de dezembro de 1997 – Código Tributário do Município de Marília, com a seguinte redação:

“4.24. Exercício de Óptico Optometrista e prestação de serviços de Optometria Básica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e Plena”.

Art. 2º. Acrescentar subitem 4.24, ao item “4 – Serviços de saúde, assistência médica e congêneres”, da Tabela III – Imposto Sobre Serviços com Alíquotas Fixas e Percentuais, da Lei Complementar nº 158, de 29 de dezembro de 1997, modificada posteriormente, com a seguinte redação:

4.24 – Exercício de Óptico Optometrista e prestação de serviços de Optometria Básica e Plena – Três por cento.

Art. 3º. Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário.”

Anota-se, inicialmente, a inadmissibilidade do controle abstrato de constitucionalidade, pela via da ação direta de inconstitucionalidade, a cargo do Tribunal de Justiça do Estado, de lei municipal em face das normas da Lei Complementar nº 116/2003 e da Constituição Federal, operando-se tão-somente em relação à Constituição do Estado, ao teor dos artigos 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, inciso VI, da Constituição do Estado de São Paulo.

Assim, o pedido inicial deve ficar restrito à hipótese de eventual ofensa a normas da Constituição Estadual, consoante aplicação do disposto no artigo 90, *caput*, da Carta Bandeirante.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Como é notório, cabe à lei complementar a definição dos serviços e atividades sobre os quais pode ser instituído o Imposto sobre Serviços (ISS), nos termos dos artigos 145, inciso I, 146, inciso III, “a” e “b”, e 156, inciso III, da Constituição Federal.

De outro lado, a estrutura normativa está disciplinada no âmbito federal na Lei Complementar Federal nº 116/2003 e no Decreto-Lei nº 406/1968. A Lei Complementar nº 116/2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, dentre outras providências, traz uma lista com a relação de serviços sujeitos ao ISS.

A propósito, confira-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“O ISS é um imposto municipal. É dizer, ao Município competirá instituí-lo (CF, art. 156, III). Todavia, está ele jungido à norma de caráter geral, vale dizer, à lei complementar que definirá os serviços tributáveis, lei complementar do Congresso Nacional (CF, art. 156, III). Isto não quer dizer que a lei complementar possa definir como tributáveis pelo ISS serviços que, ontologicamente, não são serviços. No conjunto de serviços tributáveis pelo ISS, a lei complementar definirá aquele sobre os quais poderá incidir o mencionado imposto. (...) a lei complementar,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

definindo os serviços sobre os quais incidirá o ISS, realiza a sua finalidade principal, que é afastar os conflitos de competência, em matéria tributária, entre as pessoas políticas (CF, art. 146, I). E isso ocorre em obséquio ao pacto federativo, princípio fundamental do Estado e da República (CF, art. 1º) (...) não adoto a doutrina que defende que a lista de serviços é exemplificativa.” (RE 361.829, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-2-2006).

Assim, pode o legislador municipal atuar, livremente, dentro dos limites fixados pela Constituição da República e pela lista de serviços da Lei Complementar nº 116/2003, não podendo tributar serviços que dela não constam.

Feitas tais observações, passo, na sequência, à análise da norma impugnada, que acrescentou à lista de hipóteses de incidência de ISS da Lei Complementar nº 158/97 (Código Tributário do Município de Marília) mais um item, a saber: exercício de Óptico Optometrista e prestação de serviços de Optometria Básica e Plena.

Com efeito, os Decretos 20.931/32 e 20.492/34, ainda vigentes em nosso ordenamento jurídico, dispõem sobre a profissão de optometristas, estabelecendo limites para o exercício profissional. Pelas disposições dos Decretos, o profissional optometrista não poderá instalar consultórios para atendimento a clientes, bem como não poderá indicar ou



aconselhar o uso de lentes de grau. Veja-se o teor das disposições:

Decreto 20.931/32

(...)

“Art. 38. É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e ortopedistas, a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos Feitos da Saúde Pública a quem, a autoridade competente oficiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.”

“Art. 39. É vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica, bem como instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos.”

Decreto 24.492/34

(...)

“Art. 13. É expressamente proibido ao proprietário, sócio, gerente, ótico prático e demais empregados do estabelecimento, escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau, sob pena de processo por exercício ilegal da medicina, além das outras penalidades previstas em lei.”



“Art. 14. O estabelecimento de venda de lentes de grau só poderá fornecer lentes de grau mediante apresentação da fórmula ótica de médico, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente.”

De outro lado, a Portaria 397 de 09 de outubro de 2002, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, prevê o conteúdo das atividades que podem ser desenvolvidas pelos optometristas. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.169.991-RO, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 04/05/2010), ao analisar Recurso Especial interposto contra decisão do Tribunal de Justiça de Rondônia em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal na defesa coletiva de direito dos consumidores, declarou a inconstitucionalidade parcial da Portaria 397/2002, uma vez que extrapolou a previsão legal ao permitir que os profissionais optométricos realizem exames e consultas, bem como prescrevam a utilização de óculos e lentes.¹

N'outro bordo, exige-se para que se legitime a imposição do Imposto sobre Serviços, que a prestação de serviço esteja prevista na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, caso contrário, ela não estará sujeita ao imposto, pois não se integra dos elementos definidores dessa hipótese de incidência. **Não cabe, ressalte-se, interpretação analógica**

¹ O Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria propôs junto ao Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 131, postulando sejam afastadas do ordenamento jurídico as disposições limitadoras do exercício profissional dos optometristas, constantes dos Decretos 20.931/32 e 24.492/34. Os autos estão conclusos ao relator para decisão liminar (Disponível em <http://www.stf.jus.br>, acesso em 06/6/2016).



para estabelecer obrigação tributária e definir fato gerador (artigo 97, do Código Tributário Nacional).

Não é demais recordar que o alargamento da hipótese normativa guarda o perfil da analogia por extensão, tão abominada no mundo jurídico, uma vez que tal método de interpretação leva o intérprete a uma visão míope da realidade jurídica, pois no alargamento da hipótese de incidência, ou não incidência da norma, se está, na realidade, a inovar no mundo jurídico, criando preceito sem alicerce lógico-formal, na medida em que foge à regra de interpretação aos próprios fundamentos do plexo normativo que falsamente lhe dá origem, o que não se sucede na denominada analogia por compreensão, tão conhecida dos tributaristas, que tem como escopo a não abstração do plexo normativo, impondo ao intérprete o exercício de constatação da regra jurídica existente, cujo resultado é do cânone hermenêutico do complexo normativo vigente (Cf. Blumenstein, *in Sistema di Diritto delle Imposte*, p. 20). A analogia, como bem revelou Bobbio, só é válida quando entre as regras fundamentais de uma determinada linguagem, se reconhece a sua legitimidade e se lhe determina exatamente o âmbito de sua utilização, daí porque o simples raciocínio analógico não é válido em si, pois depende da ligação com todo o plexo existente (Cf. *in Teoria della Scienza Giuridica*, p. 230).

Todavia, a lista de serviços tributáveis pelo ISS, a despeito de taxativa, admite a interpretação extensiva *intra muros*, especificamente nos itens que trazem a expressão “e congêneres”, porquanto a semelhança deve se dar na ordem essencial, vale dizer, o objeto que se quer ver regulado deve estar dentro e no conceito daquele



indicado em lei.

É certo que determinados serviços tem as suas derivações, as quais, se praticadas por entidades autônomas, de forma a repercutir economicamente, tornam incidentes a exação, o que não ocorre no caso dos autos, na medida em que o exercício da atividade do optometrista se dá de forma agregada.

À vista desta distinção, não há como interpretar o item “4.13 - Ortóptica”, da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, que não admite a expressão “e congêneres”, para estabelecer a incidência válida do ISS sobre o exercício de Óptico Optometrista e prestação de serviços de Optometria Básica e Plena, como aduzido pelo d. Subprocurador-Geral de Justiça (fl. 53/59).

Forte nessas premissas, *concessa venia*, dirijo da conclusão adotada pelo eminente Desembargador Sérgio Rui, porquanto o optometrista não está habilitado para as atividades exclusivas das dos médicos, tratando-se, em verdade, de uma atividade agregada e não autônoma, de tal arte que não cabe falar em interpretação extensiva a fim de abarcar o serviço de Optometria pela Ortóptica, especificada no item nº 4.13, da Lei Complementar nº 116/2003.

Em caso semelhante, já decidiu o Colendo Órgão Especial desta Corte:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 9.444, de 12 de dezembro de 2012, do Município de Santo André. Norma que insere a optometria no quadro dos serviços de saúde, assistência médica e congêneres tributados pelo ISS - Imposto sobre serviços. Projeto de lei de autoria de Vereador. Causa de pedir aberta. Possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade por fundamento não apontado na petição inicial. Inconstitucionalidade material. Usurpação de competência privativa da União (art. 156, III, da Constituição da República). Afronta ao princípio federativo. Procedência da ação.” (ADIn nº 0065039-90.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Kioitsi Chicuta, j. 14/08/2013).

Por epítome, verificada usurpação de competência pelo legislador municipal ao disciplinar matéria acrescentando serviço não contemplado no rol da Lei Complementar nº 116/2003 que, na hipótese, não admite interpretação extensiva pelos fundamentos suso alinhavados, forçoso concluir da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 711, de 23 de outubro de 2014, do Município de Marília, por violação aos artigos 1º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

2. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 711,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de 23 de outubro de 2014, do Município de Marília.

Ricardo Anafe
Relator Designado



Voto nº 23.016 - DECLARAÇÃO DE VOTO

Direta de Inconstitucionalidade nº 2267563-71.2015.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Autor: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA

Réu: Presidente da Câmara Municipal de Marília

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 711, de 23 de outubro de 2014, que modificou a Lei Complementar nº 158/97 (Código Tributário do Município de Marília - artigo 190). Inclusão do exercício de Óptico Optometrista e prestação de serviços de Optometria Básica e Plena na lista de impostos sobre serviços (ISS) – item 4.24. Vício de iniciativa ausente. Competência concorrente para legislar sobre matéria tributária. Precedentes. Profissão que não consta do rol taxativo anexo à Lei Complementar Federal nº 116/2003. Usurpação de competência. Inocorrência. Possibilidade de interpretação extensiva. Entendimento professado pelas Cortes Superiores. Inexistência de violação ao artigo 144 da Constituição Estadual. Liminar cassada. Ação julgada improcedente.

Trata-se de ação ajuizada pelo Prefeito Municipal de Marília com o escopo de colher declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 711, de 23 de outubro de 2014, que modificou a Lei Complementar nº 158/97 (Código Tributário Municipal) – artigo 190, item 4.24, incluindo o exercício de Óptico



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Optometrista e prestação de serviços de Optometria Básica e Plena no rol de atividades tributáveis pelo ISS.

Sustenta-se a ocorrência de usurpação de atribuições pertinentes à atividade privativa da União, ferindo o disposto no artigo 144 da Constituição Estadual e artigos 1º e 18 da Magna Carta, na medida em que tais serviços não constam da lista anexa à Lei Complementar Federal nº 116, de 31 de julho de 2003.

Liminar deferida a fls. 33/34, para suspender os efeitos da Lei Complementar impugnada.

A Câmara Municipal de Marília prestou informações a fls. 38/43.

A Procuradoria Geral do Estado (fls. 46/48), citada, manifestou desinteresse na lide e na defesa do ato impugnado, declarando que os dispositivos legais atacados abordam matéria exclusivamente local.

A Procuradoria Geral de Justiça lavrou parecer pela improcedência da ação (fls. 53/59).

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade manejada pelo Prefeito Municipal de Marília, em face da Lei Complementar nº 711, de 23 de outubro de 2014, que alterou o artigo 190 do Código Tributário Municipal, para acrescentar o item 4.24 ao item “4 – serviços de saúde, assistência médica e congêneres”, o exercício de Óptico Optometrista e prestação de serviços de Optometria Básica e Plena para incidir a cobrança do ISS, no percentual de três por cento.

Dispõe a lei controvertida:

“Lei Complementar nº 711, de 23 de outubro de 2014. Modifica a Lei Complementar nº 158/97 – Código Tributário do Município de Marília, incluindo o exercício de óptico optometrista e prestação de serviços de optometria básica e plena.

Art. 1º. Fica incluído item 4.24, no artigo 190, da Lei Complementar nº 158, de 29 de dezembro de 1997 – Código Tributário do Município de Marília, com a seguinte redação:

“4.24. Exercício de Óptico Optometrista e prestação de serviços de Optometria Básica e Plena”.

Art. 2º. Acrescentar subitem 4.24, ao item “4 – Serviços de saúde, assistência médica e congêneres”, da Tabela III – Imposto Sobre Serviços com Alíquotas Fixas e Percentuais, da Lei



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Complementar nº 158, de 29 de dezembro de 1997, modificada posteriormente, com a seguinte redação:

4.24 – Exercício de Óptico Optometrista e prestação de serviços de Optometria Básica e Plena – Três por cento.

Art. 3º. Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário.”

A priori, anota-se que o parâmetro específico do controle de constitucionalidade de Lei Municipal é a Constituição Estadual, sendo inadmissível o controle abstrato de constitucionalidade por violação à norma infraconstitucional. Nesse sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão fundada na violação, pelas normas legais, da Lei Orgânica Municipal, da Constituição Federal, e da Constituição Estadual – Descabimento, pelos dois primeiros motivos – O parâmetro de controle de constitucionalidade de lei municipal perante Tribunal de Justiça Estadual é a norma constitucional estadual, apenas – Ação conhecida e julgada apenas no que diz respeito às normas constitucionais estaduais (Órgão Especial; Direta de Inconstitucionalidade nº 2223948-65.2014.8.26.0000/São Paulo; Relator: João Carlos Saletti; j. em 21/10/2015 – **in** “site” do Tribunal de Justiça de São Paulo).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Conforme bem consignou o douto Procurador Geral da Justiça, não há que se falar em invasão de competência da União, diante da atribuição conferida ao Município para legislar sobre a matéria em comento, nos termos do disposto no artigo 156 da Constituição Federal, ora transcrito **in verbis**:

“Compete aos municípios instituir impostos sobre:

Inciso III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar.”

Não se verifica a indevida usurpação de atividade atribuída a um Poder da República por outro, na medida em que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que, para elaboração de leis sobre matéria tributária, a competência é concorrente, nos moldes do julgamento da ADI 724-MC, cujo Relator é o Ministro Celso de Mello:

“ADI – Lei nº 7.999/85, do Estado do Rio Grande do Sul, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.535/92 – Benefício Tributário – Matéria de iniciativa comum ou concorrente – Repercussão no orçamento estadual – Alegada usurpação da cláusula de iniciativa reservada ao Chefe do poder executivo – Ausência de plausibilidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

jurídica – Medida cautelar indeferida. A Constituição de 1988 admite a iniciativa parlamentar na instauração do processo legislativo em tema de direito tributário. A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. O ato de legislar sobre direito tributário, ainda que para conceder benefícios jurídicos de ordem fiscal, não se equipara – especialmente para os fins de instauração do respectivo processo legislativo – ao ato de legislar sobre o orçamento do Estado”.

E ainda:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DE DECISÃO MONOCRÁTICA. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO LEGISLATIVO. NORMAS SOBRE DIREITO TRIBUTÁRIO. INICIATIVA CONCORRENTE ENTRE O CHEFE DO PODER EXECUTIVO E OS MEMBROS DO LEGISLATIVO. POSSIBILIDADE DE LEI QUE VERSE SOBRE O TEMA REPERCUTIR NO ORÇAMENTO DO ENTE FEDERADO. IRRELEVÂNCIA PARA FINS DE DEFINIÇÃO DOS LEGITIMADOS PARA A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO. AGRAVO IMPROVIDO (RE nº 590.697-ED; Primeira Turma; Relator: Ministro Ricardo Lewandowski; Julgamento: 06.09.2011).



“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. É CONCORRENTE A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. ACÓRDÃO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO RELATOR. RECURSO PROVIDO”. (Decisão monocrática proferida no RE 375959 / SP (Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ 09.02.2010).

“CONSTITUCIONAL. LEI DE ORIGEM PARLAMENTAR QUE FIXA MULTA AOS ESTABELECIMENTOS QUE NÃO INSTALAREM OU NÃO UTILIZAREM EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. PREVISÃO DE REDUÇÃO E ISENÇÃO DAS MULTAS EM SITUAÇÕES PRÉ-DEFINIDAS. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA NÃO LEGISLOU SOBRE ORÇAMENTO, MAS SOBRE MATÉRIA TRIBUTÁRIA CUJA ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA ENCONTRA-SE SUPERADA. MATÉRIA DE INICIATIVA COMUM OU CONCORRENTE. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE” (ADI 2659 / SC, Relator (a): Min. NELSON JOBIM, Julgamento: 03/12/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação, DJ 06-02-2004 PP-00022, EMENT VOL-02138-03 PP-00595).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sob idêntica ótica, já decidiu o Colendo
Órgão Especial:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 10.241, de 03 de setembro de 2012, do Município de Sorocaba. Norma que dispõe sobre incentivo ao plantio e manutenção de árvores mediante desconto no IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano) e dá outras providências. Projeto de lei de autoria de Vereador. Alegação de vício de iniciativa e violação ao princípio da separação dos Poderes. Não ocorrência. Lei que concede benefício fiscal de natureza tributária. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Órgão Especial no sentido de que, em matéria tributária, a competência legislativa é concorrente. Improcedência da ação”. (ADI 0276291-43.2012.8.26.0000, Relator: KIOITSI CHICUTA, j. 26/06/2013).

“AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE - Município de Sorocaba - Lei Municipal nº 9.923/12 de iniciativa Parlamentar que concede desconto no IPTU às empresas certificadas pela norma ISSO 14001 - Possibilidade - Competência é concorrente em se tratando de matéria tributária, artigos 61 da Constituição Federal e 24 da Constituição Bandeirante - Precedentes do STF - Ação improcedente”. (ADI 0276316-56.2012.8.26.0000, Relator: SAMUEL JÚNIOR, j. 26/06/2013).

AÇÃO DIRETA DE



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INCONSTITUCIONALIDADE. Santa Barbara D'Oeste. Lei Complementar Municipal nº 209, de 06.02.15, de iniciativa parlamentar, sobre a extinção da Contribuição de Iluminação Pública - CIP. Admissibilidade. Competência concorrente em se tratando de matéria tributária. Art. 61 da Constituição Federal e art. 24 da Constituição Estadual. Precedentes. Improcedente a ação. Direta de Inconstitucionalidade nº 2210521-64.2015.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 27/01/2016; Data de registro: 28/01/2016).

Lado outro, a Lei Complementar Federal nº 116/2003 prevê a incidência do ISS sobre os serviços de “Ortótica” (item 4.13), ao passo que a norma impugnada instituiu o referido imposto sobre os serviços de Óptico Optometrista e Optometria Básica e Plena.

A lista anexa à referida Lei Federal constitui rol taxativo, ou seja, o município está impedido de criar imposto sobre serviços que dele não constem. Entretanto, sedimentou-se jurisprudência pelas Cortes Superiores, admitindo-se a possibilidade de interpretação extensiva para os serviços congêneres, ideiação que se coaduna com a hipótese em comento.

	PROCESSUAL	CIVIL.
TRIBUTÁRIO. ISS.	LISTA DE SERVIÇOS	(DL 406/68).
TAXATIVIDADE.	INTERPRETAÇÃO	EXTENSIVA.



POSSIBILIDADE. SERVIÇOS DE REBOCAGEM. LC 116/03. LEI INTERPRETATIVA. ART. 106, I, DO CTN. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. 1. A lista de serviços do DL 406/89, conforme cediço no E. S.T.J e no S.T.F é taxativa; o que não impede que, à luz de cada serviço enumerado, proceda-se à interpretação do dispositivo. 2. O item 87 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, dispõe: "87. Serviços portuários e aeroportuários; utilização de porto ou aeroporto; atracação; capatazia; armazenagem interna, externa e especial; suprimento de água, serviços acessórios; movimentação de mercadorias fora do cais; " 3. É que determinado serviço tem as suas derivações, as quais, se praticadas por entidades autônomas, de forma a repercutir economicamente, tornam incidentes a exação. 4. A resolução SUNAMAM 8574/85, inciso IX, item II conceitua como serviço de rebocagem "aquele executado por rebocadores, cadastrados para a Navegação de Porto, estando especificamente autorizados para cumprir as seguintes manobras: de atracação, de desatracação, de assistência de reboque, de mudança de atracação e a de escoteio". 5. A doutrina sobre o tema esclarece que: "O reboque funcionando como manobra náutica remove o navio ou material flutuante de ponto a outro, facilitando o transporte. Reboque constitui, também, uma operação ou ato industrial ou mercantil quando um navio se ocupa principalmente em conduzir embarcações mercantes na entrada e saída dos portos para colocá-los ao lado do cais com a finalidade de atracar facilmente(...). O emprego do reboque na navegação oferece melhor aceitação perto das costas e sobretudo para entrada e saída dos portos (dos navios). Os navios de grandes toneladas carregados de mercadorias, de dimensões enormes, necessitam entrar nos portos, de

reboque" (MENDONÇA, Yolanda, O reboque em Direito Marítimo. Livraria São José, 1972, p. 12). 6. Sob esse enfoque, sobressai inequívoco que os serviços de rebocagem funcionam como auxílio no desempenho da atracação e desatracação. 7. Consectariamente, é serviço-meio para a consecução da atividade fim, encartado por força de interpretação nos serviços tributários, máxime porque exercido por empresa diversa daquela que empreende o serviço final. 8. A capilar distinção entre interpretação extensiva ou analógica e a analogia em si, indicam que, *in casu*, não se está criando exação contra a letra do art. 108, § 1º do CTN, notadamente porque a analogia, consoante cediço, pressupõe lacuna da lei e a interpretação a existência de que *legix dixit minus quam voluit*. 9. A lista de serviços tributáveis pelo ISS, a despeito de taxativa, admite a interpretação extensiva *intra muros*, qual seja, no interior de cada um de seus itens, permitindo a incidência da mencionada exação sobre serviços correlatos àqueles expressamente previstos na aludida lista de serviços. Precedentes do STJ: RESP 121428/RJ, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 16.08.2004; RESP 567.592/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 15.12.2003 e RESP 256.267/PR, Relator Ministro José Delgado, DJ de 18.09.2000. 10. Sob esse ângulo sobreleva notar entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 75.952/SP, no sentido de que: "A lista a que se referem o art. 24, II da Constituição, e 8º do Decreto-lei n. 83/69 é taxativa, embora cada item da relação comporte interpretação ampla e analógica." 11. *In casu*, tratando-se de serviços de atracação e desatracação de embarcações a esse gênero pertence a espécie de rebocagem, que é o quanto basta para fazer incidir o imposto sobre serviços. ... 16. Recurso especial desprovido. (REsp 965583/SP - Ministro LUIZ FUX – 1ª TURMA - 19/03/2009 - DJe



22/04/2009).

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO ACERCA DA INCIDÊNCIA DO ICMS OU ISS SOB A MONTAGEM DE PNEUS. PREVISÃO NA LISTA ANEXA DA **LEI COMPLEMENTAR 116/2003**, ITEM 14.01. INCIDÊNCIA DO ISS. 1. Cinge-se a controvérsia dos autos acerca da incidência do ISS ou ICMS sob a montagem de pneus. 2. A jurisprudência do STJ, vem se manifestando no sentido de que quando houver o desenvolvimento de operações mistas, deve ser verificado a atividade desenvolvida pela empresa, a fim de definir o imposto a ser recolhido. Sendo que se " a atividade desenvolvida estiver sujeita à lista do ISSQN, o imposto a ser pago é o ISSQN, inclusive sobre as mercadorias envolvidas, com a exclusão do ICMS sobre elas, a não ser que conste expressamente da lista a exceção" (EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1.168.488/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 21/6/10). 3. A lista de serviços anexa à LC **116/2003**, que estabelece quais serviços sofrem a incidência do ISS, comporta **interpretação extensiva**, para abarcar os serviços correlatos àqueles previstos expressamente, uma vez que, se assim não fosse, ter-se-ia, pela simples mudança de nomenclatura de um serviço, a incidência ou não do ISS. 4. Realizando-se uma **interpretação extensiva** da legislação de regência verifica-se que o serviço de montagem de pneus encontra-se inserido dentro do item 14.01 da lista anexa à **Lei Complementar 116/2003**, por se enquadrar dentro do item manutenção e conservação de veículos. Desta forma não há que se falar em incidência do ICMS quanto ao serviço de montagem de pneus. 5. Vale destacar que a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 33.880, de relatoria do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, sob a égide do Decreto-**Lei** 406/1968 (que quanto ao ponto possui item com idêntica redação à atual - manutenção e conservação de veículos) assentou que o serviço de montagem de pneus não estaria sujeito ao ICMS, mas sim ao ISS. 6. Recurso especial não provido (STJ; REsp 1307824/SP; Segunda Turma; Relator: Ministro Mauro Campbell Marques; J. em 27/10/2015).

Nessa perspectiva, conforme bem pontuou o Nobre Procurador:

“A lista de serviços da LC Federal nº 116/2003 é exaustiva, ou seja, taxativa (*numerus clausus*) do ponto de vista literal, mas ampliável via interpretação, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial: “A jurisprudência da Suprema Corte, após algumas vacilações, acabou por acolher a tese majoritária na doutrina, no sentido da taxatividade da Lista ressaltando, contudo, que a sua taxatividade não exclui a interpretação de que cada um de seus itens alcance maior ou menor compreensão, atingindo serviços que, se não individualizados, devam considerar-se abrangidos” (HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e tributário, 7ª ed., p. 338)”.

Destarte, considerada a possibilidade de interpretação extensiva nos termos acima esposados, a Lei Complementar nº 711, de 23 de outubro de 2014, não padece de vício de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inconstitucionalidade.

Por tais razões, pelo meu voto, cassada a liminar, julga-se improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Sérgio Rui

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	12	Acórdãos Eletrônicos	RICARDO MAIR ANAFE	2F1DE8F
13	26	Declarações de Votos	SERGIO RUI DA FONSECA	3365C8E

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2267563-71.2015.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.