IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS — LISTA OFICIAL — RESTITUIÇÃO DE DEPÓSITO — CORREÇÃO MONETÁRIA

— A lista dos serviços é taxativa e a especificação normativa; não enseja interpretação analógica.

— Interpretação do Decreto-lei nº 406, de 1968.

— Idem, do Decreto-lei 834, de 1969.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação nº 202 305, da comarca de São Paulo, sendo recorrente Juízo "ex-officio", e apelantes e apelados Irmãos Abouchar Ltda., e outros e Prefeitura do município de São Paulo: Acordam, em

5ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso "ex-officio" e apelo da municipalidade e dar provimento ao apelo das autoras.

1. As autoras demandam a devolução do depósito voluntário correspondente a 5% de sua receita, uma vez que, no período de 9.9 a 31.12.1969, a recauchutagem de pneumáticos não estava sujeita ao ISS. Embora já instituído inexigível no mesmo exercício.

A Constituição Federal outorgou aos municípios a competência para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos estados, definidos em lei complementar.

"O que importa que exista é a definição, em lei complementar, federal, da competência tributária dos municípios" (Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1967", tomo II-502).

A atividade das autoras não foi definida como hipótese de incidência pelo Decreto-lei nº 406, de 1968, não se encartando em nenhum dos itens da listagem por ele editada, aliás não abrangente dos serviços de reparação, conserto, restauração, acondicionamento e recondicionamento. O Decreto-lei nº 834, de 1969, ampliou o elenco para 66 itens, com mais de 200 atividades.

Pondere-se que, se a competência tributária local está submissa à definição da lei complementar federal, inadmissível a tese da edição de lista meramente exemplificativa. A lista é taxativa e a especificação nominativa, impondo a incidência, não enseja sequer a interpretação analógica ou ampla, de resto repudiada em nosso sistema tributário. Nem se qualifique de interpretativo o Decreto-lei nº 834, pois, inovando amplamente, trouxe a definição de novos fatos geradores, o que, só por só, o coloca na faixa do "ius dispositivum" e o afasta da área do "ius interpretativum".

E, assim, enquanto o serviço não foi compendiado na relação legal, o imposto era indevido. Destarte, até 9.9.1969, data inicial da aplicação do diploma legal prevendo o fato imponível, a atividade ficou sem tributação. Não importa a justiça ou injustiça do acontecimento, que revela apenas uma imprevisão do legislador.

A exigência do tributo, porém, estava subordinada, ainda, à regra da anualidade, segundo preceituam o art. 153, § 29, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e o art. 104, nº II, do Código Tributário Nacional. Ressalvadas as exceções, e entre elas não se encontra a do ISS, a lei do imposto deve ser anterior ao exercício de sua arrecadação. A obrigação tributária depende da lei, pré-excluindo-se legislação para incidência no ano de sua feitura. E o que importa é a lei federal, com a definição da competência, sendo irrelevante a pretérita previsão da lei local, que não se convalidou.

2. As autoras, para forrarem-se da correção monetária, depositaram espontaneamente o valor correspondente ao imposto indevido. Pleiteiam a devolução, mas devidamente corrigido o depósito, no que foram desatendidas por falta de amparo legal.

Cuida-se de depósito facultativo e a circunstância de sua ilegal conversão em receita não transmuda a sua natureza jurídica. E a ação, visando a restituição da quantia depositada, não tem o conteúdo de repetição do indébito, hipótese em que descaberia a atualização.

A legislação municipal prevê depósitos premonitórios, sempre com a finalidade de arredar os riscos da correção monetária, haja ou não recurso administrativo ou judicial (Lei nº 6 695, de 1965, e Decreto nº 6 212, de 1965).

E, por igual, sem cogitar de diferenciação quanto à facultatividade ou à obrigatoriedade, para garantia da instância, de-

termina que o depósito devolvido será corrigido.

Essa atualização também está disciplinada na lei municipal, que, na esteira das legislações federal e estadual, estabelece a aplicabilidade das mesmas regras adotadas para a correção do valor pecuniário dos créditos fiscais. Aliás, não se compreenderia não fosse dispensado tratamento igualitário, concedendo ao credor posição mais favorecida. O crédito fiscal é atualizado desde a sua constituição até a efetiva satisfação. O depósito, não importando a sua natureza, é restituível corrigido e esse ajustamento à realidade da flutuação do valor da moeda é apurado a partir da data em que foi feito e até o momento em que o depositante recupera a disponibilidade. Caso contrário, estaria consagrada verdadeira ilicitude, que não foi acolhida na lei, pois manda aplicar na devolução do depósito os mesmos princípios da correção do crédito fiscal. Consigne-se a inocorrência de restrição a esse entendimento, quando a lei fixa o prazo de 90 dias, contado da data do reconhecimento da improcedência da exigência fiscal, para, em seguida, sujeitar, se descumprido o prazo, a permanente correção monetária. A atualização deve ser feita para a restituição em 90 dias; mas não sofre interrupção, porque permanente, se inobservado o prazo.

Do exposto resulta o improvimento do recurso oficial e da ré e o provimento da apelação das autoras, para deferir-lhes, nos termos enunciados e apenas sobre o montante do depósito, a correção monetária. Custas na forma da lei.

Participou do julgamento o Juiz Machado Alvim, revisor.

São Paulo, 2 de outubro de 1974. *Toledo Piza*, Presidente com voto. *Octávio Stucchi*, Relator.