MARCELA MEDRADO PASSOS GOMES

ISS e as atividades bancárias: limites da tributação

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Paulo Ayres Barreto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

MARCELA MEDRADO PASSOS GOMES

ISS e as atividades bancárias: limites da tributação

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Professor Associado Dr. Paulo Ayres Barreto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2017

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Gomes, Marcela Medrado Passos
ISS e as atividades bancárias: limites da tributação / Marcela Medrado Passos Gomes ; orientador Paulo Ayres Barreto -- São Paulo, 2017.
300

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Competência tributária. 2. Imposto sobre Serviços. 3. Imposto sobre Operações de Crédito. 4. Instituições Financeiras. 5. Atividades Bancárias. I. Barreto, Paulo Ayres, orient. II. Título.

NOME: GOMES, Marcela Medrado Passos.

Título: ISS e as atividades bancárias: limites da tributação

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Econômico, Financeiro e Tributário.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Orientador: Professor Associado Dr. Paulo Ayres Barreto

Instituição: Faculdade de Direito da USP Assinatura:_____

Professor:_____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

Professor:_____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmã, simplesmente por tudo e por ter me permitido chegar até aqui. Sem vocês, nada disso seria possível.

Ao meu marido Rodrigo, que mesmo sem compreender esse “mundo jurídico”, soube me compreender e esteve ao meu lado incondicionalmente. Obrigada, sobretudo, pela grande paciência!

Aos amigos do Escritório Aires Barreto, o que faço na pessoa do Dr. Aires F. Barreto. Mestre com quem tive o inenarrável prazer de desfrutar os mais valiosos conselhos jurídicos, profissionais, e as sábias palavras de quem já viveu uma longa jornada. Sabedoria que transcende os livros e a doutrina perpetuada. De um carisma e sensibilidade sem igual. O meu agradecimento não poderia ser senão para ele e em nome dele. Tomo essa oportunidade para registrar a minha profunda admiração e gratidão.

Ao Dr. e Professor Paulo Ayres Barreto, não antes, pela oportunidade, seis anos atrás. Por ter visto em mim algum possível potencial, que me fez acreditar valer a pena o desafio, encarar São Paulo e integrar o quadro do Aires Barreto Advogados Associados. Por ratificar isso há três anos, quando me aceitou como sua orientanda e, não menos importante, há um ano, quando acreditou que seríamos capazes, mais uma vez, de enfrentar um novo desafio.

Ao Professor Paulo de Barros Carvalho e Jonathan Barros Vita pelas oportunidades acadêmicas oferecidas e pelos ensinamentos ao longo de toda essa trajetória.

Aos meus familiares, Vó Nati (*in memoriam*), exemplo de mulher, que perpetuou seus valores em cada uma de suas filhas e netos e continua a unir a nossa família.

Primos e tios, um pouco irmãos e pais, também, pelo verdadeiro significado de “família” e união, minha jornada leva um pouco de vocês.

A todos os queridos amigos que estiveram ao lado (mesmo que de longe) torcendo, vibrando e ajudando em cada etapa. Sem dúvida, vocês foram fundamentais. O meu agradecimento especial para Andréa Darzé, Camila Gomes, Paulo Arthur, Maria Helena, Alice Neves e Marcela Araújo. O apoio de vocês tornou esse sonho possível.

RESUMO

GOMES, Marcela Medrado Passos. **ISS e as atividades bancárias**: limites da tributação. 2017. 300 f. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O presente trabalho tem como objetivo o estudo minucioso dos enunciados prescritivos que giram em torno do ISS e do IOF, em especial quando incidentes sobre a prestação de serviços bancários e sobre as operações de crédito. Para tal desiderato, em um primeiro momento, estabeleceremos as premissas básicas para o desenvolvimento do estudo proposto. Será abordado o tema da linguagem e sua importância para o estudo do direito. Estabelecidos os conceitos fundamentais, estudaremos a competência tributária, de uma maneira mais ampla, ingressando nos conceitos e acepções do Sistema Tributário Nacional e nas limitações ao poder de tributar. Teremos como objeto de estudo as características da competência tributária no ordenamento jurídico e a rigidez do sistema constitucional tributário. Analisaremos, também, a interpretação dos signos constitucionais, característica tipológica ou conceitual dos vocábulos constantes na Constituição Federal de 1988, delineando o nosso ponto de vista sobre a matéria. A fim de traçar o papel da lei complementar em matéria tributária, apresentaremos a construção de conceitos no plano constitucional e a existência de um conceito constitucional de tributo, demarcando os importantes limites para a atuação do legislador infraconstitucional na definição dos impostos que ora a análise se debruça. Ainda no âmbito constitucional, definiremos os termos operação e serviço, desenhando-se dos arquétipos constitucionais dos respectivos tributos à luz do regramento jurídico brasileiro. Em vistas dessas considerações e à luz da Teoria Geral do Direito, visando a construção das regras-matrizes do ISS e do IOF, especificaremos os critérios de antecedente e consequente da norma jurídica tributária. Desenvolveremos aqui um estudo acurado dos institutos (ISS e IOF), bem assim do conflito de competência existente entre tais impostos. Por não se tratar de tema pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, teceremos um panorama dos principais problemas vivenciados pelas instituições financeiras, decorrentes do empasse verificado entre as atividades sujeitas a cada tributo. Com efeito, para a precisa incidência tributária é necessário aferir se as receitas analisadas se originam de prestações de serviços ou, ainda, se se referem a verdadeiras operações creditícias. Realizaremos, outrossim, um estudo pormenorizado à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Palavras-chave: Competência tributária. Conflitos. Imposto sobre Serviços. Imposto sobre Operações de Crédito. Instituições Financeiras. Atividades Bancárias.

ABSTRACT

GOMES, Marcela Medrado Passos. **ISS and bank activities**: limits of taxation. 2017. 300 f. Master of Law – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

This thesis aims at developing a thorough study of prescriptive statements concerning the tax on services of any nature, ISS, and the tax on financial operations, IOF, especially when levied on bank services and credit transactions. To reach this aim, first, basic premises will be established. The theme of language and its importance for the study of law will be covered. After establishing these fundamental concepts, fiscal competencies will be addressed in a broader sense, considering concepts and meanings of the National Tax System and the limitations on the power of taxation. The object of study will be the characteristics of fiscal competence at the judicial order and the rigidness of the constitutional tax system. Also, the interpretation of constitutional signs will be analyzed, as a typological or conceptual characteristic of words present in the Federal Constitution of 1988, reaffirming a unique point of view on the issue. To highlight the role of supplementary laws on tax matters, the construction of concepts on a constitutional level and the existence of a constitutional concept of tax will be presented. Still, at the constitutional level, the terms 'transaction' and 'service' will be defined from constitutional archetypes of each separate tax under the Brazilian judicial order. Given these considerations and the General Theory of Law, with the intention of constructing the rule array of ISS and IOF, criteria for antecedents and consequents of tax legal norms will be specified. This detailed study of ISS and IOF includes the conflicts of competence between these two taxes. As the incidence of the two taxes is a controversial theme, both at doctrines and jurisprudences, a panorama of the main issues faced by financial institutions will be presented, as they struggle to identify activities to be levied by each tax. For a precise collection, it is necessary to confirm whether the analyzed revenue comes from services provided or real credit transactions. A detailed study of doctrines and jurisprudences will be developed.

Keywords: Fiscal competence. Conflicts. Tax on services. Tax on credit transactions. Financial institutions. Bank activities.

ABREVIATURAS

AD	Adiantamento a Depositantes
BACEN	Banco Central do Brasil
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CFC	Conselho Federal de Contabilidade
CMN	Conselho Monetário Nacional
COSIF	Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional
CPC	Comitê de Pronunciamentos Contábeis
CPC	Código de Processo Civil
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DL	Decreto-Lei
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
GATS	General Agreement on Trade in Service
ICMS	Imposto sobre a Circulação de Mercadoria e sobre a Prestação de Serviço de Transporte
IASB	International Accounting Standards Board
IFRS	Internacional Financial Reporting Standards
IOF	Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro, ou relativas a Título ou Valores Mobiliários.
ISS	Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza
IR	Imposto sobre a Renda
LC	Lei Complementar
STF	Superior Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
SUMOC	Superintendência da Moeda e do Crédito
OMC	Organização Mundial do Comércio

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **13**

1 TEORIA GERAL DO DIREITO: CONCEITOS FUNDAMENTAIS **17**

1.1 Direito, linguagem e conhecimento **17**

1.2 Semiótica e o percurso da construção de sentido **20**

1.3 Norma jurídica **22**

1.4 Regra-matriz de incidência tributária **26**

2 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO **29**

2.1 O direito de tributar e os modelos de Estado nacional **29**

2.2 Competência tributária **30**

2.2.1 Privatividade 33

2.2.2 Indelegabilidade 34

2.2.3 Inalterabilidade 35

2.2.4 Irrenunciabilidade 35

2.2.5 Facultatividade 36

2.2.6 Incaducabilidade 38

2.2.7 Competência tributária versus capacidade tributária 38

2.3 A rigidez do sistema constitucional tributário **40**

2.4 Interpretação dos signos constitucionais: tipos ou conceitos? **44**

2.5 Breves considerações acerca do conceito constitucional de tributo **50**

2.6 Conflitos de competência e o papel da legislação infraconstitucional **54**

3 OPERAÇÃO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO **65**

3.1 O(s) imposto(s) previsto(s) no inciso V do artigo 153 da Constituição Federal **66**

3.1.1 O problema da nomenclatura 69

3.1.2 Extrafiscalidade e os princípios constitucionais 73

3.1.3 A incidência sobre “operações” 78

3.1.4 O Imposto sobre operações de crédito. Um breve panorama 83

3.1.5 O Imposto sobre Operações de Câmbio. Breves considerações 100

3.1.6 O Imposto sobre Operações de Seguro. Breves considerações 102

3.1.7 O Imposto sobre Operações relativas a Títulos Mobiliários e o Imposto sobre operações relativas a valores mobiliários. Breves considerações 103

3.2 O imposto previsto no inciso III do artigo 156 da Constituição Federal **105**
3.2.1 Evolução do conceito 106
3.2.2 O arquétipo constitucional 112
3.2.3 As obrigações de dar e de fazer 114
3.2.4 As atividades meio versus atividades fim 118
3.2.5. Base de cálculo e Alíquota 120
3.2.6 A taxatividade da lista de serviço 126

4 INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O DIREITO BRASILEIRO. DIÁLOGO ENTRE O DIREITO TRIBUTÁRIO E A REGULAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO **133**

4.1 Contextualização do problema **133**

4.2 Sistema Financeiro Nacional e normas regulatórias **134**

4.3 A tributação das operações financeiras **137**

4.4 Tributação da receita **144**

4.5 Ciências contábeis e a contabilidade bancária **147**
4.5.1 O Plano Contábil das Instituições Financeiras do Sistema Financeiro Nacional (COSIF) 152

5 INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O PROBLEMA DA TRIBUTAÇÃO **165**

5.1 Operações com o BNDES e a Remuneração da Instituição Financeira Credenciada **165**
5.1.1 Modalidades 166
5.1.2 Natureza da operação 170
5.1.3 Composição do financiamento 177
5.1.4 A remuneração da Instituição Financeira Credenciada 178

5.2 Tarifas Interbancárias **184**

5.3 Adiantamento a Depositantes **188**
5.3.1 Preços diferenciados 191

5.4 Outras receitas contabilizadas **196**
5.4.1 Recuperação de encargos e despesas 196
5.4.2 Rendas de outros serviços e exportação 196
5.4.3 Tarifa de abertura de crédito 197
5.3.4. Rendas de serviços de custódia e subcustódia 198

CONCLUSÕES **201**

BIBLIOGRAFIA **217**

COMPÊNDIO DE JURISPRUDÊNCIA **229**

INTRODUÇÃO

É inegável o conflito de competência existente entre o Fisco Municipal e o Fisco Federal que, na sanha arrecadatória, pretendem que o mesmo fato presuntivo de riqueza, ou seja, o mesmo evento econômico, seja tributado pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, como se prestação de serviços fosse, e, ainda, pelo Imposto sobre Operações de Crédito, considerando se tratar de operação creditícia. Em verdade, a União dedica poucos esforços para uma tributação precisa e eficaz em torno do IOF, permitindo, consequentemente, que os Municípios desbordem seu campo de competência, pretendendo uma tributação sobre operações que não configuram verdadeiras prestações de serviços. Daí surgem os conflitos de competência tributária e, até mesmo, os casos de dupla tributação, veementemente rechaçados pelo nosso ordenamento jurídico. O trabalho aqui exposto tem como escopo o estudo minucioso dos enunciados prescritivos que giram em torno desses dois impostos, em especial quando incidentes sobre as chamadas atividades bancárias.

Para que haja o completo desenvolvimento das atividades de captação e empréstimo de recursos, as instituições financeiras realizam operações de crédito, ora na qualidade de devedor, ora na qualidade de credor, prestam efetivos serviços aos seus clientes, realizam operações acessórias que complementam o atendimento da operação final almejada e, simplesmente, realizam sequências de outras atividades em proveito próprio, imprescindíveis para a consecução do trabalho final. Todas essas atividades, sejam elas referentes a prestação de serviços, a meros ingressos, a reembolsos e, ainda, a operações creditícias propriamente ditas, sobretudo por gerar receita e despesas, precisam da necessária escrituração contábil. Entender a natureza jurídica dos valores auferidos para fim de oferecê-los à correta tributação, não obstante as normas contábeis do Banco Central a respeito do registro dos ingressos financeiros, é a proposta deste estudo.

Ao iniciar a pesquisa a respeito do tema proposto, surge como corolário questões que necessitam ser aclaradas e a fim de que tais indagações possam ser analisadas, partimos do estudo do direito positivo como Ciência do Direito formada por linguagem, que invoca o necessário trabalho hermenêutico do intérprete a fim de se alcançar o fim almejado.

A determinação da abrangência do campo material da competência privativa em matéria de ISS e IOF exige, preliminarmente, meditação centrada sobre os termos prestação de serviços e operações de crédito, tal como constitucionalmente pressupostos. Como

primeiro pressuposto básico de indagação, e premissa maior a ser fixada para o desenvolvimento do presente trabalho, já que tratamos de conflitos de competência, temos que a Constituição Federal, em prestígio ao Pacto Federativo e à Autonomia Municipal, fixou, quando da repartição das competências tributárias, balizas constitucionais intransponíveis. A distribuição de competências tem como traço característico a outorga com exclusividade a cada ente federado, o que significa dizer que, a atribuição de modo privativo, exclusivo, excludente, da competência tributária a uma das pessoas político-constitucionais implica proibição peremptória para exploração desse campo tributário por outro ente. Vê-se, portanto, que se por um lado é restrita a competência dos Municípios para instituir tributos, por outro, é inequívoca a incompetência de quaisquer outros entes federado para legislar sobre as mesmas matérias.

Diante deste cenário de insegurança na tributação, que o contribuinte tenta se valer de diversos meios, com o fim de aclarar as operações por si realizadas, no sentido de comprovar a real sujeição tributária. Utilizando-se com certa liberdade[1] de nomenclaturas e rubricas próprias, as Instituições Financeiras organizam seus registros contábeis, inserindo nas diversas contas do Plano Contábil das Instituições Financeiras do Sistema Financeiro Nacional (COSIF), diferentes tipos de receitas. Considerando a diversidades das referidas contas e subcontas, bem como a possibilidade de não ser especificado de maneira inequívoca o tipo de receita lançada, compete ao Fisco, quer seja Federal, quer seja Municipal, pesquisar e examinar pormenorizadamente as referidas contas, para fim de oferecer a correta tributação a título de ISS ou IOF.

Nada obstante, o resultado de tal análise não pode ser obtido de maneira discricionária, tampouco permitir intepretação irrestrita das receitas contabilizadas. Os principais óbices verificados dizem respeito à esfera de competência tributária atribuída a cada ente político e, ainda, ao princípio da taxatividade da lista de serviços.

Em que pese o pressuposto de veracidade dos registros contábeis efetuados no Plano de Contas apresentado pelas Instituições Financeiras, diante da dificuldade em se identificar a real natureza do evento econômico realizado, seria correto argumentar que a Contabilidade Sintética das Instituições Financeiras (COSIF) foi criada com o intuito de permitir ao Banco Central um controle operacional das Instituições

[1] Falamos em certa margem de liberdade pois, a despeito da possibilidade de organização interna de seus registros contábeis, as Instituições Financeiras estão adstritas ao Plano de Contas COSIF, regulamentado pelo Banco Central.

Financeiras e não para que os Municípios e a União obtivessem informações precisas dos registros financeiros para fins de aplicar sobre esses a tributação adequada? De certo, para a precisa incidência tributária é necessário aferir se as receitas analisadas têm origem em prestações de serviços ou, ainda, se se referem a verdadeiras operações creditícias. A quem incube esse dever? Estas, dentre outras perguntas, compõem o objeto de inquirição no presente trabalho, que desenvolve um estudo acurado dos institutos, ISS e IOF, bem assim do conflito de competência existente entre tais impostos. Trata-se, portanto, de um trabalho de dissertação que busca identificar os limites constitucionais da tributação das materialidades impositivas que gira em torno da "prestação de serviço" e da "operação de crédito", que devem nortear os Municípios e a União no exercício da competência constitucional que lhes foi outorgada.

Esta pesquisa desenvolve, também, um panorama dos principais problemas vivenciados pelas instituições financeiras, decorrentes do empasse verificado entre as atividades e operações sujeitas a cada tributo. Será realizado, outrossim, um estudo pormenorizado à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial, tanto aquele sedimentado pelos Órgãos Administrativos, quanto pelo Judiciário.

O trabalho se justifica em razão da ausência de entendimento uníssono sobre o tema. Sua importância resta evidenciada na medida em que contempla aspectos práticos relevantes que geram as mais diversas controvérsias, sobretudo junto às Fazendas Públicas Municipais e Nacional. O tema é atual, valendo, portanto, a pesquisa e a tomada de posição acerca das questões abordadas.

1 TEORIA GERAL DO DIREITO: CONCEITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Direito, linguagem e conhecimento

Tomando como ponto de partida o Direito Positivo válido, notadamente a Constituição Federal, o caminho a ser traçado para a análise do tema proposto será baseado na linguagem. Tanto o Direito Positivo quanto a Ciência do Direito são formados por linguagem. A única maneira de diferenciar esses dois sistemas é tratá-los como formas diferentes de linguagem, prescritiva e descritiva, ou considerar que há uma distinção entre os códigos de cada um desses sistemas.

Nesse contexto, o direito será estudado enquanto entidade linguística submetida às categorias da Semiótica e da Lógica, mediante o emprego do método hermenêutico-analítico.

Embora se trate de um conceito fundamental, não há um consenso sobre a definição de direito. O termo é utilizado em diversas acepções, em razão da ambiguidade, vaguidade e carga emotiva que lhe são inerentes. No entanto, as variáveis que interferem na fixação do seu conteúdo semântico, como contexto histórico, sociológico, cultural, dentre outros, são contornáveis a depender da posição do intérprete frente ao seu objeto, conforme bem esclarece Lourival Vilanova:

> No problema do conceito do direito verifica-se a condicionalidade do sujeito frente ao seu objeto, condicionalidade que se constata em todas as ordens do conhecimento. A vinculação a um tempo e a uma cultura condiciona a perspectiva do sujeito. Devido à perspectiva possível para cada conjuntura histórica, os objetos não são vistos na totalidade de seus caracteres: somente os caracteres que têm uma relação com a posição especial do sujeito caem dentro da órbita de seu interesse.[1]

O direito foi criado como instrumento utilizado pelo Estado para dirimir conflitos, regular condutas e reger os fatos do ambiente social. É, portanto, um objeto cultural, dotado de carga valorativa, expresso em linguagem, muitas vezes vaga, imprecisa ou ambígua. Tem por função, disciplinar coativamente[2] os comportamentos intersubjetivos, modalizando-os em obrigatório, proibido ou permitido. Para Lourival Vilanova, o direito poderá ser definido

---

[1] VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito de direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1947, p. 71.

[2] "Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como conseqüência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executada mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo" (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Safe, 1986, p. 37).

"como um sistema de normas diretivas da conduta humana, cuja inobservância é sancionada e, ainda, dotadas essas normas de uma organização no emprego da coação"[3].

Nesse contexto, a realidade jurídica será constituída pela própria linguagem do direito positivo, que incide sobre os fatos, tipificando-os para fins de imputação de consequências. Tanto o conhecimento, como a realidade e a verdade, são manifestações linguísticas. O conhecimento é a construção intelectual da realidade. Apenas dentro do sistema de referência em que se insere, a verdade possui o atributo de verdade, imprescindível para que possamos falar em conhecer.

O conhecimento pode ser compreendido como uma relação entre um sujeito cognoscente e um objeto. Essa relação se expressa por meio de um método, eleito pelo sujeito que realiza a aproximação, com regras para a descrição do objeto. Tomando a definição de Tarek Moussallem, "o conhecimento é a relação entre (i) o sujeito cognoscente, (ii) o objeto de estudos e (iii) a proposição que fala acerca do objeto de acordo com um (iv) método".[4]

O direito, tal como qualquer outro objeto do conhecimento e da experiência, pode ser isolado pelo sujeito cognoscente para seu estudo, por meio de um método de sua escolha. Por ser um sistema linguístico por essência, que opera por meio de enunciados prescritivos, o direito, na posição de objeto do conhecimento, passa a ser a linguagem-objeto de que falará a linguagem escolhida pelo sujeito cognoscente para sua aproximação. O direito positivo fala também sobre algo, que é a própria linguagem dos eventos sociais. Nesse segundo caso, o direito prescreve condutas, e não descreve seu objeto, caracterizando metalinguagem em relação à linguagem social. Nas palavras de Aurora Tomazini de Carvalho, o "direito positivo é um corpo de linguagem com função prescritiva, que se dirige ao campo das condutas intersubjetivas com a finalidade de alterá-las. Configura-se como linguagem objeto em relação à Ciência do Direito e como metalinguagem em relação à linguagem social".[5]

A linguagem-objeto, portanto, é objeto de que fala a Ciência. No caso do Direito positivo, trata-se do próprio direito positivo, o qual, por sua vez, é metalinguagem em relação à linguagem social.

As normas jurídicas são significações construídas por meio de interpretação dos textos jurídicos, vale dizer, linguagem formada a partir do intelecto do cientista.

---

[3] VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito de direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1947, p. 71.

[4] MOUSSALLEM, Tárek. A Lógica como técnica de análise do direito. In: CARVALHO, P. B. (Coord.). **Constructivismo Lógico-Semântico**, Vol. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 159-160.

[5] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses. 2ª Edição. p. 117.

Consequentemente, o direito é linguagem. Tanto o direito positivo é linguagem prescritiva, quanto a Ciência do Direito é linguagem descritiva. Porém, não é qualquer linguagem, mas sim aquela construída de acordo com o método (regras) adotado para a interpretação e sistematização da interpretação do objeto bruto.[6]

A linguagem do direito, composta de enunciados prescritivos do direito posto, emitidos pelos Três Poderes e pelo setor privado, forma, cria e propaga a realidade jurídica.[7] Para que possa existir uma sociedade é necessário que exista Direito, como também é necessário que exista linguagem. Sem Direito e sem linguagem, não será possível a comunicação entre os indivíduos, dado essencial para a caracterização de uma sociedade. Diante do contexto comunicacional, podemos dizer que "a linguagem é o produto da fala, é o resultado da utilização da língua por um sujeito".[8]

Uma vez que constituídos por linguagem, tanto o direito positivo quanto a Ciência do Direito consubstanciam-se num conjunto estruturado de signos, pois, como afirma Paulo de Barros Carvalho, a linguagem é a "a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos, cujo conjunto sistematizado é a língua".[9]

O signo é a unidade do sistema estabelecido pelos seres humanos de modo a permitir sua comunicação. Adotando a terminologia proposta por Edmund Husserl, o signo constitui-se em uma relação triádica entre (i) um suporte físico (palavra falada ou escrita), (ii) o seu significado (algo do mundo, cuja existência pode ser concreta ou imaginária), o qual culmina na (iii) formação de uma significação (ideia correspondente em nossa mente). Esta relação é chamada de triângulo semiótico.

Os signos do direito positivo diferenciam-se dos da Ciência do Direito, na medida em que analisamos os elementos do triangulo semiótico de cada uma destas linguagens. Para o direito positivo, temos o seguinte: i) como suporte físico, aparecem os artigos, incisos e parágrafos de lei, ou seja, os enunciados prescritivos; ii) esses ganham significado nas relações intersubjetivas travadas no seio da sociedade, onde se pretende implementar valores e disciplinas; iii) a construção das normas jurídicas, enquanto mensagens completas de conduta, constituem a significação construída.

---

[6] Quanto ao método adequado para o estudo do direito, é certo que a interpretação é imprescindível para que se alcance o objeto, assim como ocorre em qualquer outra ciência. Mas não é só. Já que entendemos que é preciso transformar a linguagem ordinária em uma linguagem mais rigorosa para podermos falar que em ciência jurídica o método analítico (decomposição de expressões complexas em expressões simples, para que uma melhor análise possa ser feita) é o melhor caminho a ser tomado.

[7] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 172.

[8] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 151.

[9] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 32.

Por sua vez, na Ciência do Direito temos a seguinte atribuição: i) no vértice do suporte físico estão os textos doutrinários constantes de livros, artigos, e outros materiais redigidos pelos juristas; ii) o significado consiste no próprio direito positivo que é o objeto metalinguístico da Ciência do Direito; iii) disto é suscitado na mente dos exegetas um conjunto de proposições descritivas, que são a significação.

O suporte físico por si só não tem o condão de denotar qualquer efeito, tanto na seara do direito positivo, quando na Ciência do Direito, pois será sempre necessária a atuação humana no sentido de implementação/interpretação dos enunciados. O suporte físico é apenas o ponto de partida para o processo atribuição de sentido aos signos. A realidade jurídica, a qual o enunciado prescritivo faz referência, é sempre o resultado da construção intelectual do intérprete.

1.2 Semiótica e o percurso da construção de sentido

Sobre os variados métodos de interpretação do direito, que se prestam ao estudo das unidades representativas do discurso, constituindo uma das técnicas de investigação do direito positivo, Paulo de Barros Carvalho considera que "o conhecimento de toda e qualquer manifestação de linguagem pede a investigação de seus três planos fundamentais: a sintaxe, a semântica e a pragmática".[10]

No plano sintático, são estudadas as relações estabelecidas entre os signos dentro da estrutura em que estão inseridos, segundo as regras de coordenação e subordinação que devem ser respeitadas. No plano semântico, investiga-se a relação do signo com a realidade que representa: seu significado constituído no mundo jurídico por fatos permitidos, proibidos ou obrigatórios, valorados positiva ou negativamente por meio de escolhas políticas legislativas feitas a partir de normas que juridicizam determinados eventos sociais. O plano pragmático refere-se à análise do efeito do signo na sociedade por ele atingida, "isto é, ao modo como os emissores e destinatários lidam com o signo no contexto comunicacional".[11] Neste plano, investiga-se se os integrantes da coletividade estão sendo efetivamente guiados segundo os preceitos estabelecidos pela norma que toca suas ações. Lembremos que a norma não incide por si só, mas demanda a aplicação pelo ser humano para que faça surgir efeitos. Se os intérpretes simplesmente desconsiderarem o preceito normativo, o plano pragmático estará em jogo.

---

[10] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 202.
[11] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do Direito**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 157.

Cada um desses planos semióticos, pela função a que se propõem, implicam diferentes influxos na linguagem jurídica. Os métodos literal e lógico estão no plano sintático, enquanto o histórico e o teleológico influem tanto no nível semântico, como no pragmático. O critério sistemático de interpretação envolve os três planos, razão pela qual prevalece sobre os demais.

A partir da incursão nos três planos torna-se alcançável a exegese completa dos textos legais, com a compreensão dos símbolos gráficos e auditivos que o ser humano emprega para transmitir conhecimentos, emoções, formular perguntas, e, especificamente sobre o direito positivo, transmitir ordens fundadas em direitos e deveres, garantidos por sanções. Esta perspectiva, no entanto, também é formada por critérios ideológicos advindos das experiências do intérprete, o que valida a nossa preferência pelo emprego do método hermenêutico-analítico no estudo do direito positivo.

Para padronizar as interpretações e o sentido de um enunciado, não existe um sistema hermenêutico, exatamente porque não existe um critério correto, mas infinitas possibilidades valorativas a serem atribuídas aos textos jurídicos, condicionados aos horizontes culturais de cada intérprete.

Dado à importância da interpretação, nos valemos do modelo proposto pelo Professor Paulo de Barros Carvalho para o estudo do percurso gerador do sentido dos textos jurídicos. Tal modelo permite a análise da trajetória da construção de sentido de qualquer sistema prescritivo em quatro planos: S1 (plano dos enunciados), S2 (plano das proposições), S3 (plano das normas jurídicas) e S4 (plano de sistematização).[12]

O conjunto das formações normativas integrará o texto em sentido amplo (TA).[13] Após seguir as etapas do percurso gerador de sentido, é possível trazer uma ordem

---

[12] O primeiro plano (S1) é o ponto de partida do caminho a ser trilhado pelo exegeta em busca da construção de sentidos do texto legislado. É o plano da literalidade textual dos suportes materiais da linguagem prescritiva graficamente representada. A partir daí, ingressa-se no segundo plano (S2), não mais físico, mas imaterial, composto por significações proposicionais, ou enunciados prescritivos, onde o intérprete atribui conteúdos significativos aos enunciados e frases. Embora proposicionais, tais significações não são suficientes para a compreensão da mensagem legislada, isto é, para a construção do sentido deôntico completo, por meio do qual o direito regula as condutas intersubjetivas. É no terceiro plano, o das normas jurídicas stricto sensu (S3), que o exegeta, tomando como base os enunciados prescritivos isoladamente considerados de S2, promoverá sua contextualização, produzindo unidades completas de sentido das mensagens deônticas, estruturando-as na forma hipotética-condicional (H→C). Como a norma jurídica não existe isoladamente, depois que construída, resta ao intérprete situá-la dentro do seu sistema de significações, momento em que se ingressa no plano da sistematização (S4). Nele, o intérprete estabelece os vínculos de coordenação e subordinação que a norma jurídica mantém com as demais, e, além disto, é quando se é possível atestar a fundamentação jurídica das normas, detectando vícios de constitucionalidade e legalidade.

[13] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário – fundamentos jurídicos da incidência.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.61.

sistemática ao direito positivo, alcançando as normas jurídicas (encontradas no terceiro plano, S3).

1.3 Norma jurídica

Seguindo a teoria constructivista, as normas jurídicas são definidas como significações advindas do conjunto de proposições prescritivas esparsas no sistema positivo que, por sua vez, são obtidas a partir da intelecção pelo intérprete do direito dos textos positivados na ordem jurídica. O intérprete do direito produz a norma, tendo como ponto de partida os textos jurídicos.

As leis não trazem normas jurídicas organicamente agregadas. De modo a organizar os dados trazidos pelas leis, mediante árduo trabalho, para a construção do arquétipo das exações tributárias, torna-se necessária a atuação da Ciência do Direito. A norma jurídica não se confunde com a literalidade do texto, tampouco com a mera significação extraída deste. Cuida-se de significação do texto dotada de estrutura própria. A princípio, o jurista se depara com um aglomerado de textos jurídicos. Por meio do esforço interpretativo, ele conseguirá trazer uma ordem sistemática ao direito positivo, alcançando, assim, as normas jurídicas.

A norma jurídica, conforme ensina Paulo de Barros Carvalho, "é a expressão mínima e irredutível (com o perdão do pleonasmo) de manifestação do deôntico, com o sentido completo".[14] Trata-se de fórmula que tem condições de conferir sentido completo à mensagem, e, consequentemente, tem capacidade de dar o sentido que a norma jurídica precisa para ser devidamente aplicada. Para tanto, possui formação relacional entre um antecedente e um consequente normativo: "se o antecedente, então deve ser o consequente. Assim diz toda e qualquer norma jurídico positiva".[15]

A expressão linguística "norma jurídica" é ambígua, despertando nos operadores do Direito as mais diversas manifestações de sentido. Para evitar maiores confusões, o Professor Paulo de Barros Carvalho utiliza-se da expressão em duas acepções, distinguindo-as entre "normas jurídicas em sentido amplo", para designar tanto as frases ou os textos de lei, suporte físico do direito posto, quanto os conteúdos significativos dessas frases, e "normas

---

[14] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método.** São Paulo: Noeses, 2009, p. 531.

[15] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método.** São Paulo: Noeses, 2009, p. 136.

jurídicas em sentido estrito", para aludir à composição articulada das significações, construídas a partir dos enunciados do direito positivo na forma hipotético-condicional (H→C), de tal sorte que produza mensagens com sentido deôntico–jurídico completo.

Nesta linha, entendemos que a norma jurídica é o meio para as linguagens prescritivas manifestarem-se formalmente, posto que toda significação, para expressar a completude da mensagem legislada, além de ser construída a partir dos textos do direito positivo, deve estar estruturada na forma hipotético-condicional "D (H→C)" – *deve ser que H implique C*.

Nesta conjuntura, o *dever-ser* figura como (i) operador deôntico inter-proposicional, conectando hipótese e consequente, e como (ii) operador deôntico intraproposicional, inserto no consequente da norma, impondo uma relação entre dois sujeitos em torno de uma previsão de conduta obrigatória (O), proibida (V) ou permitida (P) que deve ser obedecida, "D [H→C (S'↔S")]", logo S' tem o dever de cumprir certa conduta em relação a S", que tem o direito de exigi-la.

Sob esta perspectiva, acompanhamos o raciocínio do Professor Paulo de Barros Carvalho ao considerar a norma jurídica como a expressão mínima e irredutível de manifestação do deôntico, uma vez que se trata da unidade significativa da mensagem legislada, a fórmula mínima para que a comunicação jurídica seja bem-sucedida.

Quando nos referimos às "normas jurídicas", voltamo-nos, portanto, à estrutura mínima necessária para se transmitir a mensagem prescritiva, utilizando a expressão em sentido estrito, como a significação construída a partir dos enunciados do direito positivo estruturada de forma hipotético-condicional, que se destina à regulação de condutas intersubjetivas.

No que se refere à forma estrutural, a norma jurídica é composta por uma norma primária e uma secundária. De acordo com Lourival Vilanova, na norma primária "estatuem-se as relações deônticas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fácticas ou situações já juridicamente qualificadas; nesta [na norma secundária], preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida".[16] Conforme veremos na representação formal a seguir, a conjunção de ambas forma a norma jurídica completa, porquanto não existem regras jurídicas sem correlatas sanções:

---

[16] VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p.64.

Np{ h – f Ns{ H – f’ (-c)

↓ ↓ Dsn

C – R(S’, S’’) v C’ – R’ (S’, S’’)

←c ←s

“A norma primária (Np) descreve, em sua hipótese (H), um fato de possível ocorrência (f) e seu consequente (C) estatui uma relação (R), entre dois sujeitos (S’ e S’’), em torno do cumprimento da conduta (←c). A norma secundária (Ns) toma como hipótese (H’) o fato do não cumprimento da conduta prescrita pela norma primária (-c), estabelecendo como consequência (C’) uma relação (R’) entre um dos sujeitos da norma primária (S’) e o Estado juiz (S’’), para exercício da coação estatal”,[17] segundo explica Aurora Carvalho.

As normas jurídicas podem ainda ser classificadas como normas de estrutura e normas de conduta, tendo como o critério definidor o objeto imediato regulado pela norma. As normas de comportamento, como o próprio nome traduz, regulam a conduta das pessoas nas relações de intersubjetividade. Já as de estrutura têm como objeto imediato os modos de criação, modificação e expulsão das normas jurídicas.

Para compreendermos o âmbito de incidência das normas jurídicas, imperioso tecer algumas considerações sobre a Teoria das Classes.

Devemos sopesar que, como o direito é constituído por linguagem, ao utilizá-la, estamos atribuindo nomes aos entes do mundo do dever-ser para conferir-lhes identidade e noções de pertencialidade e extensão. Dentro dos nomes pode caber um ou mais indivíduos e seus predicados, de sorte que os nomes são classes dentro das quais os elementos se encaixam. “Todos os nomes são classes”.[18]

Transpondo tais considerações para o estudo na norma, o legislador, ao definir os atributos necessários para que os acontecimentos sejam capazes de propagar efeitos na ordem jurídica, define duas classes, denominadas “hipótese” e “consequente”. Os fatos que não se enquadrem ao conceito da hipótese, não interessam para o direito. As relações intersubjetivas são constituídas juridicamente no consequente normativo.

Advertindo que a classe não se encontra na realidade física, mas sim na construção intelectiva, Aurora Carvalho salienta que “classe é o âmbito de aplicação de um conceito,

[17] CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 297.
[18] CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 309.

sua conotação é a totalidade dos requisitos que delimitam este conceito, e sua denotação são todos os objetos que cabem no âmbito do conceito".[19]

Ao editar norma geral e abstrata, o legislador está construindo classes para demarcar, por decisão política que lhe é própria, eventos e relações do mundo fenomênico que têm relevância jurídica. Essas classes, por sua vez, delimitam o âmbito de incidência da norma jurídica. Ao proferir uma sentença, positivando norma individual e concreta, o Juiz também está construindo classes, porém mais particularizadas. Distingue-se o fato social consumado, dando prescritividade à relação jurídica dele consequente.

Destarte, as normas gerais e abstratas se dirigem a um conjunto indeterminado de destinatários e oferecem critérios para identificar fato de possível ocorrência, respectivamente quanto aos seus caracteres de generalidade e abstração. No antecedente (hipótese de incidência), todos os acontecimentos sociais que satisfizerem os requisitos (conotação) para a identificação com essa delimitada classe serão relevantes juridicamente, enquanto, no consequente, as relações jurídicas que se subsumem aos requisitos delineados pela classe ali demarcada também serão dotados de relevância jurídica.

Diferentemente, nas normas individuais e concretas, há alusão direta a um acontecimento específico realizado por também pessoa individualizada, culminando em relação exclusiva entre determinados sujeitos em torno de determinado objeto. Vemos que nas normas individuais e concretas são traçadas classes de um só elemento. Seu traço, portanto, é de denotatividade, e não de conotatividade. Trata-se de norma individual porque individualiza o sujeito a que se refere, e concreta por indicar de forma denotativa acontecimento do tempo passado.

O conceito de subsunção, conforme destaca Tarek Moussallen, "largamente empregado na ciência do direito, advém do conceito de inclusão entre classes e das correspondentes subclasses. Eis a razão pela qual Paulo de Barros Carvalho precisamente afirma ser a subsunção operação lógica entre conceitos, isto é, entre classes".[20] Toda norma apresenta a delimitação de duas classes, o antecedente e o consequente normativo, cuja extensão se projeta no mundo fenomênico permitindo a identificação dos fatos e das relações jurídicas.[21]

Em síntese, a teoria da norma jurídica se propõe a fornecer os elementos para identificação, de maneira isolada, dos comandos dirigidos aos sujeitos sociais (obrigatório,

---

[19] CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 310.
[20] MOUSSALLEN, Tarek Moysés. **A revogação em matéria tributária**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 44-47.
[21] CARVALHO. Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 318.

proibido e permitido), de modo a indicar seu sentido de maneira precisa. Trata-se de método para estudo das proposições prescritivas, que são o elemento nuclear do direito positivo.

Diversas teorias forneceram modelos científicos à compreensão das normas jurídicas e dos seus elementos constitutivos. Sobretudo no âmbito do direito tributário, ganhou notório revelo a teoria da regra-matriz de incidência tributária desenvolvida pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, pela consistência de sua formulação, efetividade prática de sua aplicação e, ainda, por sua ampla aceitação no meio jurídico.

Na teoria da regra-matriz de incidência tributária, o método escolhido para reduzir as complexidades do estudo das normas foi a Lógica, que permite ao sujeito cognoscente a aproximação do objeto do conhecimento por meio da sua redução às chamadas estruturas formais mínimas, formadas por constantes e variáveis de sua estrutura sintática. O Professor Paulo de Barros Carvalho identificou, então, de maneira absolutamente satisfatória, essas estruturas da sintática da norma jurídica, estabelecendo entre elas a relação lógica de uma estrutura condicional. Nas palavras de Rosana Oleinik:

> A regra-matriz pode ser vista como parte de um método, ou técnica que compõe o Constructivismo Lógico-Semântico, consistente em dirigir a atenção do intérprete à estrutura formal da norma, o que facilita seu controle e produção no posterior ingresso aos planos semântico e pragmático da linguagem jurídica, em atitude hermenêutica.[22]

A regra-matriz parte do plano semântico e, por meio de decomposição analítica, responde à pergunta "qual o mínimo de sentido existente em uma norma jurídica?" A resposta indica que uma norma contém, no mínimo, a descrição de um fato que, ocorrido, dá ensejo a uma relação jurídica de cunho obrigacional.

1.4 Regra-matriz de incidência tributária

À luz do exposto, temos a "regra-matriz de incidência" como a norma padrão produzida para ser aplicada em casos concretos, podendo ser de ordem tributária ou, até mesmo, de qualquer outro ramo jurídico.

Como vimos na seção acima, 1.3, o descritor das normas gerais e abstratas não informa um acontecimento determinado, pelo contrário, alude a uma classe de eventos, na

[22] OLEINIK, Rosana. Teoria da norma jurídica e a regra-matriz de incidência como técnica de interpretação do direito. In: CARVALHO, P. B. (Coord.). **Constructivismo lógico-semântico**, Vol. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 311.

qual se encaixam infinitas ocorrências. Da mesma forma, o consequente remete a uma classe de vínculos intersubjetivos, podendo-se encaixar diversas relações entre sujeitos. A regra-matriz de incidência estabelece os conceitos conotativos, prescrevendo, no antecedente, (i) um critério material (delimitador do núcleo do acontecimento a ser promovido à categoria de fato jurídico), (ii) um critério temporal (identificador do momento da ocorrência do evento), (iii) um critério espacial (indicador do local de ocorrência do evento), e, no consequente, (iv) um critério pessoal (delineador dos sujeitos ativo e passivo da relação), e (v) um critério prestacional (qualificador do objeto da prestação). Nas normas tributárias, encontramos apenas critérios quantitativos, consistentes na base de cálculo e alíquota.

O que diferencia as normas de incidência tributária das demais são suas instâncias semântica e pragmática (conteúdo e função). A sua hipótese descreve as notas de um fato signo presuntivo de riqueza, enquanto o seu consequente estatui um vínculo obrigacional entre o Estado, ou quem lhe faça as vezes, na condição de sujeito ativo, e uma pessoa física ou jurídica, particular ou pública, como sujeito passivo, de tal sorte que o primeiro ficará investido do direito subjetivo público de exigir do segundo o pagamento de determinada quantia em dinheiro. Em contrapartida, o sujeito passivo terá o dever jurídico de prestar aquele objeto com a finalidade exclusiva de custear uma despesa pública, a qual será genérica ou específica a depender da espécie tributária de que se trate.[23]

Efetuadas tais ponderações, temos que a regra-matriz de incidência tributária consiste na representação do fenômeno da incidência tributária, que possui os elementos indispensáveis à manifestação do deôntico completo (D), produzida de maneira brilhante pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, pela seguinte representação:

$$D\ \{[Cm\ (v.c)\ .\ Ct\ .\ Ce] \rightarrow [Cp\ (Sa\ .\ Sp)\ .\ Cq\ (bc.al)]\}$$

Na hipótese normativa temos o critério material (Ct), consubstanciado num comportamento humano lícito e dotado de conteúdo econômico, representado sempre por verbo pessoal de predicação incompleta, seguido pelo complemento. O critério temporal (Ct) e o espacial (Ce) assinalam, respectivamente, quando e onde deve ocorrer aquela ação, tomada como núcleo do antecedente normativo, para que seja possível lhe imputar a consequência. No consequente, observamos a presença de um critério quantitativo (Cq),

[23] DARZÉ, Andréa M. **Responsabilidade tributária: solidariedade e subsidiariedade**. São Paulo: Noeses, 2010, p. 24.

formado pela base de cálculo e alíquota, e o critério pessoal (Cp), representado pelo sujeitos ativos e passivos.

Decomposta a norma, a compreensão de seu sentido pelo intérprete e pelo aplicador torna-se simplificada e muito mais precisa. A partir da decomposição, o processo inverso tem início, realocando-se o sentido fruto da interpretação do direito positivo à estrutura organizacional proposta. Seguindo a análise proposta por Rosana Oleinik:

> A teoria normativa derivada deste método compreende a norma jurídica como construção de sentido feita pelo intérprete, que significa que a decomposição analítica, efetuada num primeiro momento, será novamente recomposta, preenchendo-se os elementos estruturais que compõem a regra-matriz de incidência tributária com conteúdos possíveis, de acordo com aspectos semânticos e pragmáticos da linguagem jurídica. A perspectiva analítica, portanto, é uma instância de redução de complexidades, na qual se afere sua estrutura, facilitando enormemente a posterior composição da norma em sua integralidade, em posterior momento hermenêutico.[24]

Por meio da Lógica, a teoria da norma jurídica de Paulo de Barros Carvalho acabou por mostrar-se uma das formas mais satisfatórias de aproximação do intérprete e do aplicador do direito ao núcleo do direito positivo: a norma jurídica.

Por ser estrutura mínima, basta a ausência de um critério para que não haja a subsunção, pois carecerá o evento de algum elemento indispensável à caracterização da conduta que dê ensejo ao pagamento do tributo, ou da relação jurídica prescrita que obrigue ao pagamento de determinado quantia.

Desta forma, a regra-matriz de incidência tributária só é alcançada a partir da conjugação de todos os seus elementos, o que acaba por demandar do intérprete/aplicador grande esforço para preencher com conteúdo o seu arranjo sintático.

Estabelecidas as premissas básicas necessárias, partiremos em direção ao objeto central deste estudo, confiantes numa melhor investigação e compreensão dos conflitos de competência inerentes às atividades bancárias, sobretudo no que se refere às atividades passíveis de incidência do imposto sobre serviços ou, ainda, do tributo vulgarmente conhecido como imposto sobre operações financeiras.

---

[24] OLEINIK, Rosana. Teoria da norma jurídica e a regra-matriz de incidência como técnica de interpretação do direito. In: CARVALHO, P. B. (Coord.). **Constructivismo lógico-semântico**, Vol. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 311.

2 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

2.1 O direito de tributar e os modelos de Estado nacional

A existência de um Estado pressupõe a busca de recursos financeiros para sua manutenção. Historicamente, o Estado nacional adotou cinco modelos de financiamento ao longo da evolução. Em que pesem as evoluções históricas e sociais, a cobrança de tributos como forma de financiamento e manutenção do Estado se apresenta como modo agressivo de intervenção do Poder Público na seara do particular, no intuito de tornar o "poder" de tributar um "direito".

Em breve síntese, no primeiro modelo observado, chamado Estado Patrimonial, o Estado funcionava como agente econômico que gerava a riqueza que consumia. Esse modelo tinha como principal característica o patrimonialismo financeiro, no qual o Estado, valendo-se de seus próprios meios, obtinha o que necessitava para sua subsistência.

O segundo modelo adotado foi o Estado Policial, que assumia certa característica intervencionista. O Estado não era mais visto como mero agente econômico, mas como verdadeira autoridade que dirige a economia, valendo-se de todos os meios a seu dispor, inclusive o tributo.

O modelo de Estado Policial foi substituído pelo Estado Fiscal Minimalista, também chamado de Estado de Imposto, cuja principal característica era o financiamento prioritariamente por tributos e a ausência de intervenção na atividade econômica. Neste modelo, o particular passa a ser a fonte originária de riquezas, cabendo-lhe transferir, por derivação, uma parcela ao Estado.

Em sucessão, o Estado Social Fiscal tinha o particular, igualmente, como principal fonte de financiamento, contudo, a diferença residia no fato de que neste modelo não se falaria mais em Estado mínimo.

Com a crescente necessidade de recursos, tornou-se crescente, também, a carga tributária necessária para sustentar o novo Estado Social, e "ao lado do aspecto arrecadatório dos tributos, assumem relevância, no Estado Social Democrático de Direito, suas funções distributiva e alocativa, esta especialmente em seu viés indutor".[1]

---

[1] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

Com o agigantamento do Estado e com o surgimento dos questionamentos acerca da garantia da distribuição de renda e eficiência econômica, o Estado Social Fiscal cedeu espaço ao Estado Democrático e Social de Direito, também conhecido como Estado do Século XXI, marcado pela necessidade do concurso da iniciativa privada. Ainda que sob grandes influências do Estado Fiscal, o Estado do Século XXI tem como forte característica a restrição a seu intervencionismo.

Em meio ao processo de expansão das funções do Estado no domínio econômico, as Constituições ocupam papel de destaque, sobretudo ao conferir limites e objetivos para atuação estatal. Nas palavras de Walter Barbosa Correa, "do entrechoque incessantemente mantido pelos detentores do poder estatal e seus subordinados, foi ocorrendo a progressiva jurisfação do poder de tributar, passando a constituir o chamado direito de tributar".[2] Com o direito de tributar surge a competência tributária, minunciosamente delineada na Constituição Federal, como forma de eliminar os poderes até então ilimitados do Estado.[3]

2.2 Competência tributária

O sistema econômico individualista-liberal sempre prevaleceu nas Constituições Brasileiras, mediante a consagração da propriedade privada individual e da liberdade como garantias supremas. A Constituição Brasileira de 1934, com fortes influências da Constituição de Weimar de 1919, apresentada como a mais célebre das novas Constituições, mantendo a essência individualista-liberal, inovou ao tratar da "ordem econômica social", com traços protecionistas aos interesses coletivos[4], o que foi mantido pelas Constituições subsequentes.

Em busca da consagração do pacto federativo, da isonomia entre os entes federados, da autonomia municipal, dentre outros princípios, a Constituição Federal de 1988, de modo rigoroso e exaustivo, distribuiu as competências legislativas, notadamente no que se refere à matéria tributária. Preocupou-se como poucas em repartir minuciosamente as competências tributárias entre as pessoas políticas — União, Estados, Municípios e Distrito

---

[2] CORREA, Walter Barbosa. Tensão entre direito de tributar e poder de tributar no direito tributário brasileiro. In: MACHADO, Brandão. **Direito tributário**: Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 208.

[3] CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 417.

[4] *Art. 115 da CF/34 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.*

Federal — as quais receberam, a partir do momento de sua promulgação, a faculdade de editar leis que criam, *in abstrato*, tributos: a chamada competência tributária.

O sistema jurídico brasileiro limita e regra as competências tributárias, impedindo a formação de poder tributário ilimitado. A grande relevância das delimitações de competências tributárias é homenagear o princípio federativo e a autonomia municipal e distrital, assegurando real isonomia entre os entes federados. Distanciando-se um pouco de tal premissa, Luís Eduardo Schoueri sustenta que o constituinte não precisaria, em nome do pacto federativo, prever competências tributárias privativas, uma vez que o sistema federal exige, tão somente, que se assegure às pessoas jurídicas de direito público a autonomia financeira, o que implica discriminação de renda, distinta da discriminação de competências.[5]

Considerando que o princípio federativo reclama, inevitavelmente, a distribuição de competências, em especial, as competências legislativas, ao nosso ver, com a devida vênia ao aludido entendimento de Schoueri, não há como se falar em Federação sem a necessária repartição de competências.[6]

Intimamente ligada à função legislativa da criação de tributos, a competência tributária – que não se confunde com a função arrecadatória de tributos conferida à Administração Pública – esgota-se na lei, já nascendo limitada pelas normas constitucionais direta ou indiretamente ligadas à tributação. Para alguns doutrinadores[7], a competência tributária se esgota na aptidão para instituir, criar, *in abstrato*, os tributos, não abrangendo as demais atribuições legislativas regulatórias em matéria tributária. Nessa perspectiva, haveria uma separação entre competência tributária e competência legislativa, sendo a última responsável pelas normas gerais tributárias (hipótese de incidência, sujeito passivo, base de cálculo, alíquota, etc.).

Diante da pluralidade da expressão competência tributária, inúmeros doutrinadores propuseram diferentes acepções possíveis para o termo. Dentre os diversos significados, citamos a coletânea proposta por Cristiane Mendonça:

> (i) Aptidão para criar tributos in abstrato; (ii) parcela do poder tributário de que são dotadas as pessoas políticas para instituir seus próprios tributos; (iii) poder de instituir e de exonerar tributos; (iv) poder para instituir, exigir e arrecadar tributos; (v) competência legislativa plena de que são dotadas as pessoas políticas para instituírem os seus tributos; (vi) competência para

---

[5] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 238. DÓREA, Antonio Roberto Sampaio. **Discriminação de rendas tributárias**. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p.15.
[6] BARRETO, Aires F. **Curso de direito tributário municipal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10
[7] Podendo-se citar os ensinamentos de Luís Eduardo Schoueri e Roque Antonio Carraza.

> legislar sobre matéria tributária; (vii) poder para legislar sobre tributos, administrar tributos e julgar litígios tributários. Poderíamos empregar, ainda, competência tributária como (viii) aptidão para criar tributos in concreto; (ix) norma jurídica que autoriza a criação e a alteração dos enunciados prescritivos veiculadores de tributos (normas gerais e abstratas ou individuais e concretas) ou (x) autorização jurídico-positiva para criação e a alteração dos enunciados prescritivos veiculadores de tributos (normas gerais e abstratas ou individuais e concretas).[8]

Dentre as inúmeros conjecturas semânticas, optamos pela proposta de Paulo de Barros Carvalho de competência tributária, ou competência legislativa, como a "aptidão de que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, inovando o ordenamento positivo". [9] Nesse sentido, a atribuição legiferante outorgada pela Carta Magna aos entes Federados não se restringe à instituição de tributos, abrangendo todo o trato da matéria tributária. Seguindo os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho[10], optamos por expandir o conceito de competência tributária, para além da possibilidade de instituição de tributos, abarcando, também, a função de legislar, em termos inaugurais. Nesse conceito, a Constituição Federal especificaria o espectro de atuação da legislação em matéria tributária.[11]

Tecidas as considerações preliminares sobre as diferentes acepções do termo competência tributária e estabelecida aquela que mais se adequa às premissas adotadas nesta dissertação, vejamos as características da competência tributária impositiva no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no plano legal, quanto no infralegal.

Diante de sua amplitude normativa, podemos segregar a competência tributária entre competência legislativa e competência infralegislativa.[12] Por competência legislativa, teremos a aptidão dos entes federados para criar leis ou atos normativos, relativos à instituição, arrecadação ou fiscalização de tributos, por meio de processo legislativo. Por competência infralegislativa, que abrange as competências administrativas, jurisdicional e

---

[8] MENDONÇA, Cristiane. **Competência tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 37-38

[9] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 210.

[10] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 233.

[11] No mesmo sentido, sustenta Paulo Ayres Barreto que a competência tributária é "uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes das quais são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na faculdade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos" (BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições**: Regime jurídico, destinação e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 30).

[12] Tal separação foi proposta por Tácio Lacerda Gama, em sua completa obra que trata do tema: **Competência tributária**: Fundamentos para a Teoria da Nulidade. São Paulo: Noeses, 2009, p. 221 e 248.

privada, teremos a aptidão, imputada aos órgãos do Poder Executivo, para editar atos infralegais visando a aplicação das normas tributárias.

Conforme veremos a seguir, as competências tributárias possuem seis atributos essenciais e inerentes: (i) privatividade; (ii) indelegabilidade; (iii) inalterabilidade; (iv) irrenunciabilidade; (v) facultatividade do exercício; e (vi) incaducabilidade.

2.2.1 Privatividade

A criação dos tributos foi reservada pela Constituição Federal privativamente a determinadas pessoas políticas, o que implica a exclusividade e a consequente proibição de seu exercício a quem não tenha sido consagrado esse direito.

No plano legal, as normas constitucionais que atribuem competência em matéria tributária encerram duplo comando, um positivo e outro negativo. No comando positivo, habilitam a pessoa contemplada, e somente ela, a criar, querendo, um determinado tributo. No negativo, proíbem as demais pessoas jurídicas de instituir o mesmo tributo, pois, sendo competente uma pessoa, todas as demais serão incompetentes.

Em razão do duplo comando, o termo exclusividade é preferível por alguns doutrinadores para dispor sobre a matéria, consoante assevera Geraldo Ataliba ao concluir que "quem diz privativa, diz exclusiva, quer dizer: excludente de todas as demais pessoas; que priva de seu uso todas as demais pessoas. A exclusividade da competência de uma pessoa implica proibição peremptória, *erga omnes*, para exploração desse campo".[13]

A privatividade ou exclusividade, embora característica atribuída à competência tributária pela doutrina tradicional[14], sofre críticas em razão da outorga de competência à União, pela Constituição Federal, para instituição de impostos extraordinários. Na iminência ou no caso de guerra externa, nos termos dos artigos 147 e 154, II, da CF/88, respectivamente, é dada à União a possibilidade de invadir a esfera de competência de outros entes políticos para instituir (i) impostos estaduais e municipais, para territórios não divididos em Municípios; (ii) estaduais para territórios divididos em Municípios; e (iii) quaisquer outros impostos, compreendidos ou não em sua competência. A Constituição Federal confere à União a aptidão legislativa concorrente aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Essa superposição de competências justifica dizer que "privativos, no Brasil,

---

[13] ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p.106.

[14] Vide ensinamentos de Roque Antonio Carrazza.

somente os impostos outorgados à União, ficando a privatividade reduzida tão só à faixa de competência do Poder Público Federal”.[15]

Partindo-se da premissa de que se determinada característica comporta exceção, não seria possível falar na existência de atributo absoluto. Endossamos o entendimento defendido por Paulo de Barros Carvalho, de somente a União possuir faixa de competência privativa, negando à competência tributária a característica da privatividade.

No plano infralegal, por sua vez, a concorrência torna-se a característica mais adequada, pois não se está diante de atributo das normas de competência tributária. No caso do imposto de renda, por exemplo, transcorrido o prazo da declaração, sem que o sujeito passivo tenha editado a norma individual e concreta, sua competência privativa se torna concorrente.

2.2.2 Indelegabilidade

No que tange ao atributo da indelegabilidade, não há dissenso doutrinário. Trata-se da possibilidade (ou não) de se atribuir a outrem, a aptidão de criar normas. A competência tributária não pode ser delegada a outro ente político diferente daquele que a detém. É vedada a transferência de toda e qualquer faixa de competência de uma pessoa política para outra, ainda que por meio de lei.

Do atributo da indelegabilidade decorre, também, a impossibilidade de o ato normativo delegar ao poder executivo, ou este ao legislativo, a competência que deverá ser exercida pelo ente federativo. Entendimento em sentido contrário põe em risco, além da rigidez do sistema constitucional, o princípio federativo que conferiu a cada esfera de governo tributos e receitas distintas. Ao outorgar determinada competência, a Constituição Federal visa promover um interes se público, somente atingível pela atuação do próprio titular escolhido.

A intransferibilidade, seja total ou parcial, nem mesmo seria viável por meio de Emenda Constitucional, em face da vedação contida no inciso I, §4º, do artigo 60, de seu texto, por implicar a abolição da forma federativa do Estado.

No plano legal, a indelegabilidade é decorrência lógica de um sistema rígido de repartição de competências. É prerrogativa inafastável do exercício da competência no sistema tributário.

---

[15] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2013, p.245.

No plano infralegal, não estaríamos diante de atributo absoluto, uma vez que a competência tributária seria delegável a terceiros. A título de exemplo, mencionamos a possibilidade de cessão de créditos tributários, manifestada pela delegação da capacidade para exigir o crédito, e os julgamentos administrativos, materializados na possibilidade de o juiz se declarar suspeito ou de o Ministério da Fazenda avocar o julgamento.

2.2.3 Inalterabilidade

Com relação à (im)possibilidade de o sujeito competente alterar os termos em que a competência lhe foi atribuída, a competência tributária impositiva é inalterável.

No plano legal, a inalterabilidade decorre da rigidez dos comandos constitucionais, uma vez que impede que os entes políticos trilhem caminho diverso daquele determinado pela Constituição Federal. Seria, portanto, improrrogável a competência tributária, na medida em que a pessoa jurídica que a detém não poderá alterar seus limites, tampouco ampliar suas dimensões. Nem mesmo Emenda Constitucional poderá promover qualquer alteração no arranjo de competências originalmente previsto.

Já no plano infralegal, a inalterabilidade como característica se mostra diante da outorga constitucional à lei complementar, para regular limitações do poder de tributar, dispor sobre critérios de solução de conflitos de competência e veicular normas de direito tributário. A despeito da previsão veiculada no artigo 146 da CF/88, os sujeitos competentes não poderão alterar os termos de sua competência, sob pena de desbordar o comando e incorrer na inconstitucionalidade da norma.

Nesse contexto, ainda no plano infralegal, respeitadas as limitações do artigo 60, § 4º da CF/88, seria possível se falar na prorrogação da competência tributária, tão somente, mediante a edição de Emenda Constitucional destinada a estabelecer diretrizes a serem seguidas pelo legislador infraconstitucional para instituição e cobrança de determinado tributo.

Mais uma vez, seguindo as premissas fixadas no sentido de que, diante de uma exceção não é possível se falar em atributo absoluto, em razão da possibilidade de a Emenda Constitucional alterar a competência tributária dos entes públicos, não seria possível admitir inalterabilidade como característica da competência tributária.

2.2.4 Irrenunciabilidade

A irrenunciabilidade, por sua vez, decorre da característica da inalterabilidade. Trata-se de matéria indisponível de direito público constitucional. Por ser proibido aos entes públicos abdicarem, de forma unilateral e definitiva, do direito de instituir tributos, tem-se o atributo absoluto da competência tributária impositiva, que não comporta exceções.

A impossibilidade de renúncia distingue-se do não exercício da competência tributária, decorrente do atributo da facultatividade. O atributo da irrenunciablilidade não pode ser confundido com a característica da facultatividade, como Tácio Lacerda Gama esclarece, pois, "uma coisa é, por decisão própria, alterar os termos da competência, abrindo mão da faculdade de, posteriormente, editar normas. Outra, bem distinta, é, simplesmente, exercer o direito de não exercitar a tal competência, não criando norma"[16].

2.2.5 Facultatividade

A facultatividade de exercício da competência tributária significa a não obrigatoriedade da criação de norma, defendida por alguns doutrinadores como atributo típico das competências tributárias impositivas, uma vez que as políticas podem ou não instituir tributos, sem que isso represente perda da competência que lhe foi outorgada. Para ilustrar, cita-se o Imposto de Grandes Fortunas que, embora nunca instituído pela União Federal, não pode ser realizado pelos Estados, Distrito Federal ou Municípios, em razão do pacto federativo.

Nada obstante, corrente divergente, na qual nos filiamos, sustenta a obrigatoriedade do exercício da competência tributária impositiva, notadamente, quando se diz respeito à instituição de tributos de relevância nacional, a exemplo do ICMS. Não poderiam, assim, os Estados membros e Distrito Federal operar por omissão, em razão da discriminação do produto da receita do tributo.[17]

Muito embora o relevo da tese de relativização da facultatividade recaia sobre o ICMS, são de grande valia as ponderações feitas por Aires F. Barreto[18] no tocante aos tributos municipais. Poder-se-ia, então, determinado Município deixar de criar o ISS? Em sendo afirmativa a resposta, como ficaria o princípio da isonomia nesse contexto? E a chamada guerra fiscal? Estaríamos a incentivá-la ao revés de repudiá-la? Não seria a criação

---

[16] GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para a teoria da nulidade**. São Paulo: Noeses, 2009.

[17] A tese da relativização da facultatividade é defendida por Paulo de Barros Carvalho, Heleno Torres, Tácio Lacerda Gama, Aires F. Barreto, dentre outros doutrinadores.

[18] BARRETO, Aires F. **Curso de direito tributário municipal**. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 33.

de tributos um mecanismo de viabilização da própria autonomia municipal? Entendemos pertinentes as reflexões nesse sentido.

No campo tributário, o princípio da isonomia deve observância ao princípio da capacidade contributiva. Não imaginamos possibilidade de render homenagens aos aluídos princípios diante da presença de situações semelhantes com resultados tributários distintos. Tomemos como exemplo a situação hipotética da pavimentação da via pública que delimita dois Munícipios e a criação de contribuição de melhoria sobre a mais-valia acrescida ao imóvel, em razão da obra pública; um Município opta por instituir a contribuição de melhoria, obrigando o contribuinte ao seu respectivo pagamento, e o outro, em situação idêntica, opta pela não criação do tributo. Ao nosso ver, a facultatividade do exercício da competência tributária acaba por ferir, frontalmente, o princípio da isonomia.

No tocante à guerra fiscal, sem nos ater demasiadamente ao tema, o ordenamento jurídico repudia qualquer espécie de mecanismo que incentive a concorrência desleal e estimule o "êxodo" dos contribuintes para os chamados "paraísos fiscais". No caso do ISS, se a constituição estabeleceu alíquotas mínimas para o imposto, de modo a impedir, ou ao menos desestimular, a guerra fiscal entre os Municípios, conclui-se que a não instituição do ISS por determinado Município, invariavelmente, acabaria por estimular a "migração" dos contribuintes para esta localidade e, consequentemente, incitar a guerra fiscal dos Municípios. Noutro aspecto, a Constituição Federal de 88, especialmente no que se refere aos artigos 29 e 30, estabeleceu a criação de tributos como instrumento de viabilização da própria autonomia dos Municípios. Com isso, ao deixar de instituí-los e, por via de consequência, "abrir mão" da receita respectiva, não estariam os Município abrindo mão, também, de parcela de sua autonomia? Outrossim, pudessem os grandes Municípios estabelecer alíquota zero para o ISS, veríamos frustrado o princípio federativo, uma vez que tal mediada seria suficiente para inviabilizar a autonomia dos demais Municípios.

Com essas considerações, concluímos que a obrigatoriedade do exercício da competência tributária impositiva não abrange somente o ICMS, por se tratar de tributo de relevância nacional. Também o ISS não pode ser ignorado pelos Municípios, sob pena de ofensa ao princípio federativo, autonomia municipal e isonomia.

Embora Roque Carraza defenda que somente há que se falar em repartição de receitas quando os tributos forem efetivamente instituídos, tendo-se, até então, apenas uma expectativa de direito, entendemos que os entes beneficiados com a instituição e o recolhimento do ICMS possuem como legítimo direito o repasse financeiro. Segundo esse

entendimento, o não exercício da competência tributária impositiva pelos Estados e Distrito Federal implicaria violação ao pacto federativo.

No plano infralegal, por sua vez, as competências são obrigatórias. Em razão da previsão constante no artigo 142 do Código Tributário Nacional, o agente fazendário, por exemplo, está obrigado a, uma vez verificada subsunção do fato à norma, promover o lançamento tributário; da mesma forma, está obrigado o Juiz a, distribuída uma demanda judicial, analisá-la e produzir norma individual e concreta por meio da prestação jurisdicional pleiteada pelo interessado.

2.2.6 Incaducabilidade

No que concerne à incaducabilidade, no plano legal, o exercício da competência tributária não se submete a prazo, não decai por falta de aplicação ou exercício daquele que a detenha, notadamente porque a Constituição Federal não traz qualquer menção a marco temporal para que os entes instituam seus respectivos tributos. A título de exemplo citamos, mais uma vez, o direito da União de instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas, que ainda não caducou, embora nunca tenha sido realizado.

No entanto, entendemos que a incaducabilidade perdeu o *status* de atributo absoluto com a edição da Emenda Constitucional 3/1993, oportunidade em que o legislador constitucional derivado estabeleceu um lapso temporal para criação do Imposto sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e Créditos e Direitos de Natureza Financeira (até 31/12/1994). O mesmo ocorreu com as Emendas Constitucionais 12/1996 e 42/2003, que outorgaram competência à União para instituição e cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF (cobrança não superior a dois anos, prorrogado para 31/12/2007).

No plano infralegal, a competência tributária será ou não incaducável de acordo com as prescrições do direito positivo, de modo que a inducabilidade, também nesse plano, não é tida como atributo absoluto. A título de exemplo, citamos a prescrição e decadência.

Em síntese, não obstante as considerações tecidas acerca das seis características da competência tributária, entendemos que não se referem a atributos absolutos, posto que comportam exceções.

2.2.7 Competência tributária versus capacidade tributária

A distinção entre competência tributária e capacidade tributária demanda algumas considerações. Tomando-se como premissa a expressão competência tributária atrelada à aptidão dos entes Federados de legislar em matéria tributária, convém destacar que competência legislativa tributária não se confunde com a capacidade tributária ativa, ou seja, com a capacidade para arrecadar tributos.

O estudo da competência tributária acontece em momento anterior à existência do próprio tributo, não se distanciando do plano constitucional. Diferentemente da competência tributária, a capacidade tributária ativa se verifica em momento posterior à materialização do tributo. A capacidade tributária ativa está intimamente ligada ao desempenho das competências, notadamente, quando o legislador elege as pessoas que irão compor o vínculo abstrato que se instaura no instante de ocorrência do fato previsto na hipótese normativa.

A competência tributária é intrasferível, ao contrário da capacidade tributária ativa, pois, é "perfeitamente possível que a pessoa habilitada para legislar sobre tributos edite lei, nomeando outra entidade para compor o liame, na condição de sujeito titular de direito subjetivos, o que nos propicia reconhecer que a capacidade tributária ativa é transferível".[19]

Em síntese, a capacidade de arrecadar tributos, nos termos do artigo 7º, caput, e §3º do Código Tributário Nacional é delegável; já a competência tributária, como dissemos acima, é indelegável e, ainda que não seja exercida pelo ente federado que recebeu a competência para tanto, não pode outro ente público se valer dessa inércia para instituir tributo fora do âmbito de sua competência.[20]

A Constituição Federal de 1988 não criou tributos, mas delineou competências tributárias para que as pessoas políticas de direito público os criassem, mediante lei e em conformidade ao processo legislativo previsto constitucionalmente. Nos termos de seu artigo 145, são titulares da competência tributária outorgada pela Constituição a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Além disso, a Constituição Federal previu, também,

---

[19] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 238.

[20] Corrobora com o exposto os artigos 7º e 8º do Código Tributário Nacional:

Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição. [...]

> *§ 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos.*

Art. 8º O não-exercício da competência tributária não a defere a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a que a Constituição a tenha atribuído.

limitações ao poder de tributar (princípios e imunidades) e conferiu diversas atribuições à lei complementar com o objetivo de evitar conflitos de competência e a bitributação.

A delimitação minuciosa da competência de cada ente tributante decorre da rigidez e inflexibilidade do Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. Essas duas características foram inauguradas na Constituição de 1934, que conferiu competências privativas à União, aos Estados e aos Municípios e estabeleceu, ainda que de forma fragilizada, a competência residual. Segundo Geraldo Ataliba, "nenhum outro sistema constitucional tributário do mundo reveste tal característica".[21] Ambas as características permaneceram nas Constituições posteriores e encontram-se presentes na Constituição Federal de 1988, notadamente, nos seguintes artigos:

> Competência privativa: *Artigos 153, 155 e 156 - atribuição com exclusividade aos Entes Políticos para criar impostos; Artigo 149 - atribuição à União para criar contribuições especiais; Artigo 149, § 1º - atribuição aos Estados, Municípios e Distrito Federal para criar a contribuição de previdência do funcionalismo público estadual, municipal e distrital; Artigo 148 - atribuição à União para a instituição de empréstimos compulsórios.*
>
> Competência residual: *Artigo 154, inciso I - atribuição à União para instituir outros impostos*[22]*; Artigo 195, §4º atribuição à União para instituir outras contribuições sociais de seguridade social.*
>
> Competência comum: *Artigo 145, inciso I e II - atribuição a todos os Entes Políticos para a criação de taxas e contribuições de melhoria.*

2.3 A rigidez do sistema constitucional tributário

Dentre os possíveis modelos de Texto Constitucional a ser adotado, no Brasil trilhou-se um caminho visando a redução dos graus de abstração e subjetividade, na interpretação e aplicação do direito pelo legislador infraconstitucional. Com isso, optou-se por estabelecer um sistema rígido e com prescrições minuciosas.

A rigidez constitucional tem como ponto de partida a proteção de dois de seus mais importantes princípios: federação e república, atributos indissociáveis e fundamentais para

---

[21] ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 22.

[22] Paulo de Barros Carvalho, em *Direito tributário, linguagem e método* (2009, p. 237), chama a atenção, ainda, para existência da Competência Extraordinária, prevista no art. 154, inciso II da CF/88, consistente na outorga à União de competência para criar impostos extraordinários, na eminencia ou no caso de guerra externa.

a interpretação dos demais princípios constitucionais. Nenhum princípio encontra-se isolado no sistema e, como consequência lógica dessa premissa, nos deparamos com a confluência dos princípios republicanos e federativos.

Ao tratar do princípio federal, rigidez constitucional e poder judiciário, Geraldo Ataliba, com maestria, já sustentava:

> Federação, na sintética e lúcida lição do saudoso mestre Sampaio Dória é a "autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição". Implica igualdade jurídica entre a União e os Estados, traduzida num documento (constitucional) rígido, cuja principal função é discriminar as competências de cada qual, de modo a não ensejar violação da autonomia recíproca por qualquer das partes (quer pela União, quer pelos Estados). [...] Caracteriza-se modernamente o regime republicano pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com consequente responsabilidade dos seus necessariamente transitórios exercentes.[23]

O federalismo tem, como característica fundamental, a autonomia política e administrativa de seus Estados-Membros, incluindo-se os Municípios que, no Brasil, possuem dignidade constitucional, muito embora não façam parte da Federação, conforme melhor será explicado na seção desta dissertação relativa à autonomia municipal.

Desde a Constituição Federal de 1946, o princípio republicano e o princípio federativo já possuíam notável prestígio normativo, não apenas por encabeçarem o texto constitucional (artigo 1º) e serem reiteradamente enfatizados em diversas outras passagens, como, também, em razão da proteção outorgada pelo parágrafo 6º do artigo 217, que impedia que fossem objeto de deliberação, proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República. O mesmo foi replicado na Constituição Federal de 1988, com a inclusão desta proteção no rol das cláusulas pétreas, prevista no parágrafo 4º do artigo 60.

No campo tributário, a manifestação do princípio federativo, através da autonomia política e administrativa dos Estados-Membros, vem atrelada à necessidade de preservação da autonomia financeira dos entes locais. Como a federação é um pacto de igualdade entre as pessoas políticas, a incessante busca da autonomia financeira dos entes federados é tida como penhor comum dos países que adotam o modelo de Federalismo. Com isso, qualquer agressão, ainda que velada, a estes dogmas, constitui verdadeira inconstitucionalidade.[24]

---

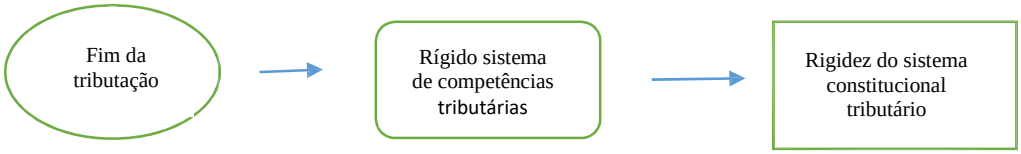
[23] ATALIBA, Geraldo. **Estudos e pareceres de direito tributário**. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 9-11.

[24] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 63.

O modelo Constitucional é, portanto, inalterável, imutável, inatingível, no tocante a estas matérias, de modo que a impossibilidade de se abolir a federação e a república manifesta, com excelência, a sua rigidez. A rigidez constitucional, ou melhor, a rigidez do sistema tributário nacional, está dentre os princípios constitucionais tributários mais importantes e de mais larga aplicação.

Por via de consequência, a repartição de receitas também se caracteriza por sua rigidez, que possui por objeto (i) assegurar a autonomia financeira das pessoas políticas de direito público, com o que poderia se falar na consagração da respectiva autonomia política; (ii) evitar a bitributação (em sentido jurídico e não econômico); e (iii) evitar conflitos de competência em matéria tributária.

Em termos:



Nos valendo dos ensinamentos de Geraldo Ataliba, concluímos que o sistema constitucional tributário, conta, ainda, com as seguintes características peculiares, além da rigidez: (i) inflexivelmente ordenando, (ii) circunscrito, (iii) limitado, (iv) restrito, (v) completo, (vi) fechado, (v) harmônico e, (vi) "limita e ordena estritamente, não só cada poder tributante como – consequência lógica – toda a atividade tributária, globalmente considerada".[25]

Desde a Constituição Federal de 1946, a rigidez e a inflexibilidade da repartição de competências e do próprio sistema constitucional tributário se traduzem como traços marcantes da Carta Magna. Ao atribuir a cada ente político um fato gerador próprio, juridicamente distintos uns dos outros, o Constituinte de 46 já impedia a bitributação, vedando a instituição de tributar dois impostos com o mesmo fato gerador. Uma vez rígida a nossa discriminação de rendas, como resultado, cada uma das unidades federadas somente pode decretar os tributos incluídos na sua competência.[26]

---

[25] ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 27.

[26] FALCÃO, Amilcar Araujo. **Impostos concorrentes na Constituição de 46**. Rio de Janeiro: s.n., 1964, p.68.

Ainda na Constituição de 1946, a análise do seu artigo 21[27] possibilitava certa margem de flexibilidade econômica ao sistema, permanecendo intacta, contudo, a rigidez do aspecto jurídico do sistema, visto que o legislador infraconstitucional apenas possuía liberdade para agir em conformidade com os ditames constitucionais.

A Constituição de 1967, da mesma forma, evidenciava a importância da rigidez do sistema jurídico brasileiro, peculiar em relação aos demais sistemas constitucionais do mundo – a exemplo da Alemanha, Argentina e Estados Unidos – para (i) evitar a bitributação jurídica, com conflitos ou superposições de competências tributárias, sendo descabido que dois impostos incidissem sobre uma mesma materialidade, tivessem o mesmo fato gerador; (ii) afastar os conflitos de competência em matéria tributária; bem como (iii) buscar garantir, efetivamente, a autonomia financeira dos entes políticos.[28]

A Constituição Federal de 1988 trilhou o mesmo caminhou. Ao constituinte é outorgado o poder tributário pleno, enquanto ao legislador infraconstitucional somente são deferidas competências específicas e delimitadas. No plano constitucional encontram-se os limites e as balizas de controle da ação tributária. Apenas com o esgotamento das prescrições normativas constitucionalmente postas, se pode falar em análise de conteúdos prescritivos postos em níveis hierárquicos inferiores. União, Estados, Municípios e Distrito Federal, em estrita observância aos princípios e regras pré-estabelecidas – adstritos às regras de constituição de suas leis complementares – possuem autonomia política, jurídica e administrativa, de modo isonômico, para instituir e gerir seus tributos. Para Paulo Ayres Barreto, "o sistema passível de ser erigido a partir da Constituição de 88 dista de ser sintético ou genérico. Não se caracteriza pela plasticidade. Ao revés, nossa Constituição é rígida. Cuida de talhar, minudentemente, diversos subsistemas, dentre eles o tributário". [29]

A Constituição Federal cuidou não só da repartição das competências tributárias como, também, das limitações do poder de tributar, das garantias do contribuinte, da justiça tributária, da classificação dos tributos, fixação de conceitos... e, ainda, dos inúmeros princípios que regem o sistema, o que denota a abrangência das normas constitucionais sobre

---

[27] *Art. 21 - A União e os Estados poderão decretar outros tributos além dos que lhe são atribuídos por esta Constituição, mas o imposto federal excluirá o estadual idêntico. Os Estados farão a arrecadação de tais impostos e, à medida que ela se efetuar, entregarão vinte por cento do produto à União e quarenta por cento aos Municípios onde se tiver realizado a cobrança.* (Vide adctart13)

[28] ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 22-24.

[29] BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições**: Regime jurídico, destinação e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 28.

a matéria. Sob esse prisma, a Constituição Federal de 1988 apresenta-se como uma das "constituições com competências como garantias tributárias".[30]

Da análise das disposições da Carta Magna, observa-se que, ao erguer um sistema tributário extenso e cuidadoso, o constituinte buscou afastar conflitos, atritos, dúvidas e problemas decorrentes de sua aplicação. Nesse contexto, não obstante o minucioso, preciso, rígido e exaustivo sistema constitucional, a Constituição Federal é, também, plástica, se adaptando às mais diversas necessidades dos tempos e circunstâncias. Suas fórmulas – por serem sintéticas e genéricas – deixam larga margem a seu desenvolvimento e integração, mediante leis ordinárias, costumes e interpretações variadas.[31] Assim, podemos afirmar, com segurança, que a rigidez do sistema constitucional não encontra óbice nas possibilidades de mutação e evolução do próprio sistema.

2.4 Interpretação dos signos constitucionais: tipos ou conceitos?

No exercício da repartição das competências tributárias impositivas, a Constituição Federal de 1988 traz diversas referências sígnicas, tidas como preceitos a serem necessariamente observados pelo legislador na instituição dos respectivos tributos. No intuito de aclarar os parâmetros interpretativos da competência tributária e, até mesmo, de delimitar o campo de atuação do legislador infraconstitucional, impõe-se, primeiramente, o reconhecimento da existência de limites postos constitucionalmente e a demarcação destas balizas. Para tanto, cumpre estabelecer, a título de premissa, a corrente interpretativa que melhor define, ao nosso ver, a natureza dos signos presuntivos de riqueza utilizados pela Constituição de 88 na repartição das competências tributárias e na identificação das materialidades passíveis de serem eleitas para instituição dos tributos.

Ao prever uma hipótese normativa, em razão da complexidade do fenômeno social e da impossibilidade de reduzi-lo em termos, o legislador constitucional efetuará certa forma de abstração, positivando o fenômeno no texto constitucional por intermédio de tipos ou de conceitos. Se a Constituição encerrar conceitos e não tipos, como efeito, o legislador infraconstitucional, ao editar as normas gerais e abstratas instituidoras dos tributos, não poderá desbordar os limites constitucionalmente impostos para a instituição de determinada

---

[30] TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[31] BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições**: Regime jurídico, destinação e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 27.

espécie tributária. Noutro plano, se a Constituição elencar tipos, o legislador infraconstitucional terá maior liberdade de atuação, podendo ir além dos signos semânticos contidos no texto normativo. Antecipando nosso posicionamento sobre o tema, a adoção de uma visão tipológica, invariavelmente, acarretará em um aumento nos conflitos de competência.

Inicialmente, cumpre-nos distinguir os institutos. Por tipo, entendemos "a ordem rica de notas referenciais ao objeto, porém renunciáveis, que se articulam em uma estrutura aberta à realidade, flexível, gradual, cujo sentido decorre dessa totalidade".[32] Nos tipos, os objetos não se subsomem, mas se ordenam segundo método comparativo que gradua as formas mistas ou transitivas.

Com base nessas considerações, o tipo se amolda melhor às mutações econômico-sociais enfrentadas pela sociedade. Por outro lado, uma visão tipológica enfraqueceria os princípios da segurança jurídica e da legalidade. Fernando Zilvetti, por sua vez, defende que a tipicidade tributária atenderia ao princípio da legalidade, estando subordinada à segurança jurídica, pois o intérprete da norma pode melhor determinar o tipo ao considerá-lo como conceito básico:

> Para parcela da doutrina nacional, a utilização do método tipológico enfraquece a segurança jurídica, a legalidade como fonte exclusiva ou predominante de criação jurídica e a uniformidade. DERZI somente admite o uso de tipo no Direito Tributário em caráter residual. Ao contrário, o tipo deve ter ampla utilização e confere adequação ao sistema tributário, corolário do princípio da segurança jurídica. Maior segurança haverá na aplicação tipológica.[33]

Para visão tipológica, a interpretação dinâmica do direito é necessária para se adequar às novas realidades não previstas à época da promulgação da Constituição Federal então vigente. Diferentemente da interpretação estática, a interpretação dinâmica propõe que o exame do texto constitucional seja realizado em conformidade com a legislação vigente à época da efetiva aplicação da norma, e não à época da edição da Constituição.

Na defesa da utilização de tipos pelo constituinte de 88, como expressões fluídas sem limites rígidos, Luís Eduardo Schoueri[34] admite que a utilização da visão tipológica, por vezes, implicaria uma interpenetratação, a possibilitar, até mesmo, a ocorrência de conflitos de competência, cabendo, contudo,

---

[32] DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 113. FALCÃO, Amilcar Araujo. **Impostos concorrentes na Constituição de 46**. Rio de Janeiro: s.n., 1964.

[33] ZILVETTI, Fernando Aurélio. **Obrigação tributária e tipo**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 241.

[34] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Discriminação de Competências e Competência Residual in Direito Tributário**: estudos em homenagem à Brandão Machado. Dialética, 1998, p. 112/113.

à lei complementar dirimir tais conflitos, nos termos do artigo 146 da Constituição Federal. No seu entender, se a constituição elencasse conceitos e não tipos, o papel da lei complementar seria inócuo.[35] A título exemplificativo, o doutrinador chama a atenção para os conflitos existentes entre o ISS e o ICMS, defendendo que "os conceitos de ICMS e do ISS nascem da lei complementar, na da Constituição. Esta contempla, apenas, os tipos de ambos os impostos". Schoueri menciona também, entre Município e União, os conflitos referentes a "propriedade territorial urbana" e "propriedade territorial rural", uma vez que as respectivas competências não estariam discriminadas no texto constitucional, mas nos arts. 29 e 32 do CTN, enquanto lei complementar.

Não obstante o respeitável entendimento, já dizia Roque Carrazza serem inadmissíveis os conflitos de competência em matéria tributária, porquanto a Constituição Federal cuidou minunciosamente e detalhadamente de traçar e repartir a competência tributária de cada ente, justamente a evitar que se pudesse falar em conflitos. Em suas palavras, "os conflitos de competência em matéria tributária logicamente não existem e nem podem existir. A rígida divisão de competências tributárias, levadas a efeito pela Lei das Lei, sumariamente afastou-as".[36]

Os conceitos são fechados e, seguindo as lições de Misabel Derzi, denotam o objeto por meio de notas irrenunciáveis, rígidas e fixas, "determinantes de uma forma de pensar seccionadora da realidade, para a qual é básica a relação de exclusão ou...ou". Complementa a autora, em outra passagem, *"*que quanto maior, então, for a abstração, tanto mais abrangente será o conceito, porque abrigará um maior número de objetos e, em contrapartida, tanto mais vazio será de conteúdo e significado" [37].

O aspecto positivo do conceito cingiria no reforço à segurança jurídica, à primazia da lei e à uniformidade do tratamento de casos isolados. Contudo, há quem argumente que a utilização de conceitos enfraquece a igualdade, a proporcionalidade e a adaptação da estrutura normativa às mutações econômicas. Todavia, a conceitualização fechada, criadora de classes e espécies, é meio assecuratório mais forte, reforçador da segurança (como direito) e da estabilidade das relações jurídicas.

Ao contrário da visão tipológica, os conceitos indicam "concursos de competências", ao invés de admitirem a possibilidade de conflitos de competências, à medida que no âmbito constitucional tais normas não se sujeitam a qualquer forma de antinomia. A Constituição separa os diversos tipos impositivos por conceitos bem determinados e usa das regras de bloqueio para discriminar os casos de extensão ou de exclusão da competência de cada ente federado.[38] Admitindo

---

[35] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254.

[36] CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 200, p. 631.

[37] DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 129.

[38] TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica in interesse público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 197.

a visão conceitual, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já teve a oportunidade de reconhecer a existência de conceitos na Constituição e não de tipos.[39]

Deixando de lado a dicotomia "tipo" e "conceito", em acurado estudo sobre o tema, Andrei Pitten Velloso propõe uma nova abordagem para matéria.[40] Embora sustente a rigidez do sistema de repartição de competências da Constituição Federal de 88 e a primazia da segurança jurídica, esse doutrinador reconhece que a polissemia e a flexibilidade são inerentes aos enunciados constitucionais, de modo que ora configuram conceitos, ora tipos e, ainda, figuras híbridas. Por força dessa flexibilidade, Velloso aponta que a discussão entre a utilização de "tipos" ou "conceitos" pela Constituição Federal não seria adequada à identificação dos conceitos constitucionais-tributários, já que sequer haveria uma separação rigorosa entre tais espécies, apenas uma escala fluída do mais típico ao atípico, com várias figuras intermediárias.[41]

O signo "conceito", na concepção ora empregada por Velloso, corresponde "à compreensão, ao conteúdo significativo das palavras, à significação intencional, à significação conotativa, ou seja, à conotação do signo linguístico correlato". Não se considera a extensão do conceito, mas o conteúdo intencional, que é feito mediante conotação dos signos.

A partir destas premissas, entende-se que a determinação de conceitos constitucionais-tributários deve partir, inicialmente, da análise do próprio texto constitucional, da conotação dos seus signos, e de modo a esgotar a análise dos enunciados que substanciam a Carta Magna, seja por meio da formação de conceitos autônomos, seja pela incorporação de conceitos constitucionais pré-existentes, com a proposta de classificação entre conceitos constitucionais recepcionados e conceitos constitucionais autônomos. Sendo assim, a incorporação de conceitos preexistentes e a construção de conceitos autônomos não podem ser tomadas *a priori*, pois os conceitos constitucionais-tributários devem ser formados por meio da atividade interpretativa.

O poder tributário dos entes políticos é traçado mediante a competência outorgada pela constituição em signos constitucionais. Tais signos, por sua vez, não são unívocos, mas possuem

---

[39] A título ilustrativo, citamos a decisão que reconheceu a não-incidência de ISS sobre a locação de bens móveis, bem como a decisão que reconheceu a impossibilidade de a Lei n. 9.718/98 determinar a incidência de PIS e de COFINS sobre a receita bruta auferida pelas empresas. Muito embora a análise e da apreciação questões de cunho constitucional não seja de competência do Superior Tribula de Justiça, essa Corte Superior, em algumas ocasiões, pronunciou-se no sentido de, igualmente, reconhecer a existência de conceitos na Constituição Federal de 1988 (vide AARESP 1.139.844, STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJE de 17.05.2010).

[40] No que se refere à abrangência do vocábulo, explica o autor que ao empregar o termo "conceito", o faz em sentido lato, abrangendo além do "tipo", os "conceitos indeterminados" (frise-se que, alguns doutrinadores, assim como Eros Roberto Grau, negam a existência de conceitos indeterminados). Os conceitos abstratos, por sua vez, seriam o conjunto de notas com elevado grau de abstração em que a integralidade das propriedades deve estar presente no objeto (VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e competências tributárias.** São Paulo: Dialética, 2005, p. 241).

[41] Em clássica obra sobre a matéria, Mizabel reconhece que a existência de um instituto não anula a existência do outro: "O certo será indagar pela predominância de uma ou outra forma de pensamento (DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 113).

significados conotativos e denotativos determináveis, que devem ser alcançados pela atividade exaustiva do intérprete. A modificação dos signos constitucionais pela legislação infraconstitucional consistiria "numa tentativa sub-reptícia de modificação das próprias competências tributárias, que há de ser repudiadas". Portanto, para a determinação dos conceitos constitucionais tributários, o texto constitucional apresenta-se como o objeto da exegese, sobre o qual deverá centrar-se a atividade interpretativa. No entanto, não serve a Carta Magna como única e exclusiva base empírica para a interpretação dos conceitos constitucionais, pois o seu texto isolado, fora de um contexto linguístico, jurídico e social consiste em linguagem morta. Na busca das significações constitucionais, deve o intérprete trabalhar com todas as bases empíricas relevantes, como as convenções linguísticas preexistentes – primeiro e importante parâmetro - as tradições jurídicas, a doutrina, as decisões jurisprudenciais, dentre outros.

Neste contexto, a Carta Magna, ao discriminar as competências tributárias, poderá se utilizar de signos preexistentes, consolidados em outros ramos do direito, infraconstitucional e, até mesmo, extratributário. Para tanto, há de se ter cautela com as variantes de significado oferecidas, devendo submetê-las sempre à confirmação mediante exaustiva exegese do texto constitucional, empreendendo-se, segundo Andrei Pitten Velloso, a "complexa tarefa de conciliar a supremacia constitucional com a inevitável abertura de sua interpretação". Sobre esta perspectiva, Velloso assenta que:

> Não obstante a Lei Maior adote conceitos jurídicos formados no âmbito infraconstitucional, não há uma incorporação de tais conceitos em todos os casos, o que inviabiliza o acolhimento da tese do primado do direito infraconstitucional. Sua consagração irrestrita representaria uma autêntica subversão normativa, vez que, adotando-se de forma incondicionada a interpretação da Constituição conforme as leis, seria negada a possibilidade de os signos empregados na Constituição terem significados específicos, afetando seriamente a supremacia material que lhe é inerente.[42]

As contribuições de Velloso revelam que a construção dos conceitos tributários é feita por uma atividade eminentemente exegética, que impõe ao intérprete trabalhar, inicialmente, com as convecções linguísticas preexistentes - das quais a constituição não se afastou - sujeitando-as à confirmação sistemática. Em síntese, nos termos da proposta trazida por Velloso, incumbe ao intérprete, em face de cada signo constitucional, investigar a sua recepção com base na acepção jurídica preexistente (conceitos constitucionais recepcionados) ou perquirir se houve alteração, demonstrável em exegese sistemática de uma nova ordem jurídica (conceitos constitucionais autônomos). Ressalta o autor que o

[42] VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e competências tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 328.

acolhimento de conceitos autônomos não se presume, pelo contrário, deve ser fundamentado adequadamente, de modo a desprezar as regras *prima facie* de incorporação dos conceitos preexistentes, notadamente porque, "não sendo regras a priori, são passíveis de superação por robustas razões em sentido contrário, consagrando-se, assim, conceitos autônomos".[43]

Realizado estudo doutrinário e jurisprudencial, Paulo Ayres Barreto[44] identificou quatro possíveis entendimentos acerca da interpretação dos signos constitucionais. A opção por uma corrente ou outra baliza o limite de atuação do legislador infraconstitucional, diante do papel da lei complementar no sistema.

Para o primeiro entendimento sobre o tema, defendido pela corrente legalista e preconizado por Aliomar Balleiro e Rubens Gomes de Sousa, as significações dos vocábulos constantes da Constituição Federal são atribuídas integralmente pelo legislador infraconstitucional. A despeito do exaustivo e rígido texto constitucional plasmado, nessa hipótese, teria o legislador infraconstitucional ampla margem para alterar e estipular os conceitos postos.

O segundo entendimento, defendido por Ricardo Lobo Torres, decorre de variação mais abrangente do primeiro. Tendo em vista o nível de imprecisão ou vaguidade nas referências sígnicas constitucionais, haveria um espaço significativo para a participação do legislador infraconstitucional na construção de sentido dos conceitos, a este competindo suprir as lacunas deixadas pelo legislador constituinte. Em que pese respeitável esse entendimento, diante de um sistema jurídico minunciosamente detalhado pelo constituinte, o exaustivo labor exegético é dever do intérprete, no intuito de reduzir tais imprecisões e vaguidades.

Para os seguidores da visão tipológica, a Constituição Federal de 1988 teria se utilizado de tipos para repartir as competências tributárias, cabendo à lei complementar estabelecer o conceito dos tributos nela mencionados. Ao se valer de tipos abertos e fluídos, portanto, o legislador constituinte delegou ao legislador complementar o dever de conceituá-los, a fim de dirimir os inevitáveis conflitos de competência. Como defensor eximo da visão tipológica, conforme já exposto, temos Luís Eduardo Schoueri.

Por fim, para os adeptos da quarta teoria os conceitos tributários devem ser construídos por meio de processo eminentemente constitucional, devendo o legislador infraconstitucional simplesmente reconhecer tais conceitos como balizadores de sua atuação. Dessa forma, ao legislador infraconstitucional cabe, tão somente, dar contornos mais nítidos

---

[43] VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e competências tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 332.
[44] BARRETO, Paulo Ayres. **Elisão tributária**: Limites normativos. São Paulo: USP, 2008, p. 68.

aos conceitos já previamente estabelecidos no texto constitucional. São defensores desta corrente Misabel Derzi, Humberto Ávila, Paulo Ayres Barreto, Andrei Pitten Velloso e Heleno Torres, para os quais a competência tributária foi discriminada mediante a fixação de conceitos constitucionais, construídos por intermédio de processo interpretativo eminentemente constitucional, não podendo se cogitar em tipos, por possuírem estruturas flexíveis que não se adaptam à rigidez constitucional de repartição de competências.[45]

Diante desta análise e em razão das características particulares do sistema constitucional tributário brasileiro, cujo atributo primordial é a rigidez da Constituição Federal, estamos certos de que o legislador constituinte discriminou a competência tributária minunciosamente e delimitou o espaço de atuação dos entes políticos na instituição dos tributos, fazendo referência a conceitos determinados.

Ao intérprete, caberá perquirir, em face da acepção jurídica preexistente de cada signo constitucional positivado, se houve sua recepção pela nova ordem constitucional, ou se houve a alteração ou transformação desse significado (positivação de conceito autônomo), concluindo-se, assim, pela não-recepção do conceito. Considerando-se que não se presume o acolhimento de conceitos autônomos, a alteração ou transformação do conceito, à luz da nova ordem jurídica, deverá ser devidamente demonstrada mediante os comandos normativos constantes na nova ordem instalada. Feitas essas ponderações, ao legislador infraconstitucional será atribuído campo restrito de atuação, totalmente adstrito ao signo semântico constante do texto constitucional.

2.5 Breves considerações acerca do conceito constitucional de tributo

Inicialmente, vejamos algumas considerações preliminares acerca das formas de definição.

Ultrapassadas as questões relativas à dicotomia “tipo” e “conceito”, todas atreladas à visão interpretativa dos signos constantes no texto constitucional, importante fazer, de plano, a necessária distinção entre o que se entende por conceito e a própria definição de conceito, notadamente em razão dos equívocos incorridos pela linguagem vulgar no emprego das terminologias.

---

[45] O E. STF já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, admitindo, em diversas decisões, a existência de conceitos constitucionais em matéria tributária. Vide RE 116.121-3/SP (ISS locação de bens móveis), RE 185.798/SP (ICMS importações), dentre outros.

Por conceito, temos uma ideia preconcebida que formamos sobre determinado objeto, em razão do repertório linguístico que possuímos. Lourival Vilanova já dizia que o conceito "aspira a uma representação intuitiva do que existe".[46] A definição, por sua vez, exprime a descrição do conceito, de modo que podemos relatar, segundo características trazidas por essa descrição, o que entendemos estar dentro ou fora do conceito.

A definição é fundamental em qualquer atitude cognitiva. Ao definirmos um conceito, iremos atribuir-lhe características que o distinguem daquilo que não é o conceito, por não aprestar uma ou mais dessas características. Por meio da definição, realizamos a demarcação linguística do conceito. Definir é explicar o conceito, colocá-lo em palavras, identificando critérios em sua forma de uso. Definir não é fixar a essência de algo.[47]

O conceito de tributo é constitucional, nenhuma lei pode alargá-lo, reduzi-lo ou modificá-lo, conforme já afirmava Geraldo Ataliba[48] em seus esclarecedores apontamentos. Segundo Ataliba, o tributo é

> o conceito-chave para demarcação das competências legislativas e balizador do "regime tributário", conjunto de princípios e regras constitucionais de proteção do contribuinte contra o chamado "poder tributário", exercido, nas respectivas faixas delimitadas de competências, por União, Estados e Municípios.[49]

A Constituição Federal de 1988 adota um conceito preciso de tributo, embora faça o uso de forma implícita. O reconhecimento do instituto se dá pela reunião de princípios e normas que tratam de um fato ou situação jurídica.

Em vistas destas considerações, podemos concluir que o conceito jurídico-positivo de tributo será construído pelo intérprete a partir da análise das normas jurídicas constitucionais e não pela verificação das disposições constantes na legislação

---

[46] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de direito. In: VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi. IBET, 2003, p.6.

[47] Invocando os ensinamentos de Ricardo Guibourg, Aurora Tomazini diferencia as definições denotativas das definições conotativas: "As primeiras delimitam o uso da palavra, apontando, mediante outros vocábulos, os critérios (características) que nos fazem chamar certos objetos por aquele nome, de forma que, mesmo não enumerando tais objetos, há possibilidade de identificá-los. Já as segundas não indicam as características comuns que nos possibilitam agrupar certos objetos sob denominação do termo definido, mas enumeram os objetos por ele nomeados, permitindo, assim, a identificação de seu conceito". Esclarece a autora que, no âmbito científico, as definições denotativas devem ser afastadas ou explicadas gradativamente por definições conotativas, porque, em verdade, elas nada definiriam (CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p. 54/56).

[48] Com que é acompanhado por doutrinadores de peso, assim como, José Souto Maior Borges e Aires F. Barreto.

[49] ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6ª ed., 3ª triagem. Malheiros Editores: São Paulo, 2002, p.33.

infraconstitucional que trata da matéria tributária. O tributo se predefine na Constituição, sendo reservados à lei ordinária, apenas, os contornos nítidos da sua hipótese de incidência. O cerne e suas delimitações serão extraídas da Carta Magna, ao passo que caberá à lei ordinária o papel de conferir detalhes mais precisos.

Tomando como exemplo o imposto sobre serviços de qualquer natureza, objeto de estudo preciso em capítulo próprio desta dissertação, fica comprovada a predefinição do tributo na Constituição Federal de 88, ao se perquirir a análise constitucional do seu verbo e complemento (prestar e serviço). Outros são os elementos da regra matriz, igualmente, verificáveis na constituição: identificação do sujeito passivo como sendo os prestadores, base de cálculo como o preço do serviço e, até mesmo, traços delimitativos da alíquota (art. 82 e 88 da ADCT).[50]

Adotando-se a definição jurídica proposta por Geraldo Ataliba[51], tributo é a obrigação jurídica pecuniária, *ex lege*, que não se constitui em sanção de ato ilícito, cujo sujeito ativo é uma pessoa pública (ou delegado por lei desta), e cujo sujeito passivo é alguém nessa situação posto pela vontade da lei, obedecidos os comandos constitucionais (explícitos ou implícitos).

A Constituição Federal estabeleceria, assim, a norma padrão de incidência (arquétipo genérico ou regra-matriz) de cada um dos tributos nela elencados; a "hipótese de incidência possível, o sujeito ativo possível, o sujeito passivo possível, a base de cálculo possível e a alíquota possível, das várias espécies e subespécies de tributos. Em síntese, o legislador, ao exercitar a competência tributária, deverá ser fiel à norma-padrão do tributo, pré-traçada na Constituição".[52]

Não obstante o tributo tenha seu conceito originário constitucionalmente plasmado, o Código Tributário Nacional trouxe uma "definição" legal, cuja observação, com a devida cautela e à luz dos pressupostos constitucionais, igualmente se impõe. Dentre as mais diversas significações propostas para o vocábulo [53], o artigo 3º da Lei 5.172/66, de forma

---

[50] Aires F. Barreto assevera que outros são os traços do tributo extraíveis, também, da Constituição, a exemplo dos termos fundamentais da oração: alguém (sujeito) prestar serviço (verbo e respectivo complemento), de certo valor (objeto indireto). Ainda, a impossibilidade de ser atingível por serviço público (só remunerado por taxa), bem como que não pode ser tributada a prestação de serviço desinteressada, altruística, criativa, familiar, por serem destituídas de conteúdo econômico. (BARRETO, Aires F**. Curso de direito tributário municipal**. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 19).

[51] ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6ª ed., 3ª triagem. Malheiros Editores: São Paulo, 2002, p.34.

[52] CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo, Editora Malheiros, 2005, p. 311.

[53] Paulo de Barros Carvalho menciona seis manifestações distintas do vocábulo "tributo", a saber: (i) em sua proporção semântica mais vulgar: quantia em dinheiro, (ii) comportamento consubstanciado no

mais ampla, exprime a significação do termo como sendo toda a fenomenologia de incidência da norma jurídica tributária (norma, fato e relação jurídica).

Por se tratar da definição de um conceito infraconstitucional, firmado em 1966 com a edição do Código Tributário Nacional, é necessário observar se o conceito foi recepcionado pela nova ordem jurídica, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 que, por sua vez, incorporou o conceito de tributo preexistente nos textos constitucionais anteriores. Podemos afirmar, com clareza e precisão, a partir das várias alusões ao vocábulo feita pela Carta Magna de 88, que o conceito de "tributo" é constitucional e tal noção é compatível com as disposições do artigo 3º do CTN, porquanto recepcionado pela CF/88.

Atrelada à descrição hipotética do fato jurídico tributário, para que compreendamos a natureza jurídica do tributo, é preciso conhecer, também, sua base de cálculo. Sendo assim, diversamente do que propugna o artigo 4º do CTN[54], e com a finalidade de conceder maior segurança jurídica, notadamente no que se que se refere à linguagem muitas vezes imprecisa do legislador, a definição da natureza própria do tributo é tida pela associação harmônica do binômio hipótese de incidência e base de cálculo.

Ressalvada a imprecisão do *caput* do artugo 4º do CTN, no tocante à afirmação de ser a natureza jurídica específica do tributo determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, o inciso I do referido dispositivo legal faz importante consideração, no que se refere à irrelevância da denominação dada ao tributo, para fins de identificar a sua real natureza tributária. Temos aqui premissa de grande relevo, sobretudo para fins de afastar eventuais discussões a respeito do conflito de competências tributárias.

Nos termos do inciso I do artigo 4º do CTN, objetivou o legislador infraconstitucional declarar que suas palavras, nem sempre, devem ser levadas ao "pé da letra" pelo intérprete. Como o processo de positivação das leis é feito pelo Poder Legislativo, compreendido não por juristas, cientistas do direito, especialistas, mas por políticos, técnicos de áreas diversas,

---

pagamento de determinada quantia em moeda: prestação correspondente ao dever jurídico do sujeito passivo, (iii) exigibilidade da prestação: direito subjetivo de que é titular o sujeito ativo, (iv) vínculo como um todo: sinônimo de relação jurídica tributária, (v) preceito normativo: norma jurídica tributária, e (vi) exprime toda a fenomenologia da incidência: como norma, fato e relação jurídica (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 51).

[54] *Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:*
I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.
Críticas de relevo são feitas ao inciso II do presente artigo, em razão da inequívoca importância da vinculação do montante arrecadado a órgão, fundo ou despesa, para fins de determinação da espécie tributária.

não raras vezes, esses autores incorrem em equívocos ou imprecisões ao fazer uso das referências linguísticas e legislar sobre a matéria tributária.

Não obstante o regime jurídico que for atribuído a uma dada obrigação, o seu caráter tributário somente será fixado a partir da subsunção da exigência ao conceito de tributo. Como bem esclareceu Paulo Ayres Barreto, "presentes as notas típicas de tributo, impõe-se o reconhecimento de sua natureza específica, independentemente da denominação ou outras pretensões do legislador que não tenham sido efetivamente enunciadas".[55]

2.6 Conflitos de competência e o papel da legislação infraconstitucional

Entendemos a espécie legislativa prevista no artigo 59, inciso II da Constituição Federal de 1988: lei complementar, como instrumento introdutor de normas com características especiais em relação aos demais previstos no ordenamento, tanto na forma (*quorum* especial para sua aprovação, previsto no artigo 69 da CF/88) quanto no conteúdo (disciplina matérias expressamente ou implicitamente determinadas pela Constituição). Em vista dessa dualidade, forma e conteúdo, Paulo de Barros Carvalho[56] afirma que a lei complementar reveste-se de natureza ontológico-formal.

Seguindo as lições de José Afonso Da Silva[57], sobre as leis complementares serem leis integrativas de normas constitucionais de eficácia limitada e sobre como *de sua observância e aplicação resulta a eficácia da própria Constituição*, podemos dizer que, lei complementar é instrumento constitucional utilizado para fazer atuar, integrar, a própria Constituição, dando complemento aos dispositivos constitucionais que não são auto-aplicáveis, ou seja, as normas não auto-executáveis.

No que tange à hierarquia entre as normas constitucionais e as leis complementares, dúvidas não remanescem no sentido de que, tanto no aspecto formal, quanto no aspecto material, a Constituição se sobrepõe, até mesmo porque é do texto constitucional que as leis complementares retiram seu fundamento de validade. Já no que toca à hierarquia entre lei complementar e leis ordinárias, encontramos dissenso doutrinário.

---

[55] BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições**: Regime jurídico, destinação e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 42.
[56] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 258.
[57] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 253.

Enquanto alguns doutrinadores[58] defendem a sobreposição da lei complementar, corrente diversa, da qual nos filiamos, destaca que, não obstante o quórum qualificado – que somente tem o condão de demonstrar que o constituinte quis tratar da aprovação de determinada matéria de forma mais rígida – somente haveria que se falar em superioridade hierárquica, se as leis ordinárias retirassem seu fundamento de validade das leis complementares. No entanto, essa "inexistência de hierarquia" seria *a priori*, posto que a relação de subordinação pode vir a surgir, como é o caso do artigo 59, parágrafo único da Constituição Federal e da edição da Lei Complementar 95/98 (estipula requisitos de forma).

No plano das normas, ao tratar das técnicas de reconhecimento, adaptação, recepção e rejeição, Sacha Calmon traz importantes considerações:

> Poderá, outrossim, ter validade material, mas não ter validez formal. Não valerá, salvo se adaptável. Vejamos uns exemplos. Voltando à lei que, votada como complementar, trata de objeto reservado à lei ordinária federal, temos que ocorre o fenômeno da adaptação: o sistema adapta a pretensa lei complementar a função que lhe determinou o ordenamento *ratio materiae*. No caso de lei complementar regulando matéria de lei ordinária estadual ou municipal, ocorre o fenômeno da rejeição. O sistema jurídico rejeita a norma, vedando o seu ingresso no ordenamento para evitar a invasão das competências fixadas na CF. o mesmo ocorrerá se a lei ordinária federal cuidar de matéria reservada à lei complementar. Já o fenômeno da recepção ocorre quando o sistema reconhece a existência da lei, sua validade formal, sua validade material e, portanto, se vigente, a sua eficácia. As técnicas de reconhecimento, portanto, uma vez utilizadas, levam à adaptação, à rejeição ou à recepção das normas do sistema. [59]

Partindo das conclusões tomadas por Sacha Calmon, que ora ratificamos, infere-se da lei complementar quatro consequências: (i) o legislador não escolhe a sua matéria, a Constituição o faz; (ii) o legislador ordinário não pode adentrar matéria de lei complementar, sob pena de torná-la inútil; (iii) a lei complementar só é superior às leis ordinárias quando é o *fundamento de validez* destas; e (iv) a matéria sob reserva de lei complementar é *indelegável.*

Conforme já nos curvamos a dizer, o âmbito de atuação da lei complementar é delimitado constitucionalmente, sendo as matérias cuja competência foi a si reservada, expressamente previstas no texto constitucional. Por força dessas delimitações, iniciamos nossas considerações sobre o tema com uma premissa que talvez possa ser tida, também,

---

[58] Podendo-se mencionar Hugo de Brito Machado e Ives Gandra Martins.

[59] COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 85.

como conclusão: lei complementar não cria tributo; o constituinte trouxe seu conceito, estabelecendo parâmetros e diretrizes, a fim de que o legislador infraconstitucional, à luz das balizas então fixadas, pudesse defini-lo.

Ao legislador infraconstitucional é dada "certa margem de discricionariedade para a definição dos precisos contornos da regra-matriz de incidência". Não obstante essa discricionariedade, o legislador infraconstitucional necessita respeitar as imposições contidas "no altiplano constitucional", sob pena de mácula ao texto constitucionalmente disposto. Esta interpretação nos parece ser a melhor dada a matéria.

A escolha por parte do legislador constituinte da rigidez ou não do texto constitucional influencia sobremaneira o leque de atuação e abrangência das leis infraconstitucionais. Se a Constituição for extremamente rígida, o legislador infraconstitucional não terá muita flexibilidade de atuação, pois terá de seguir à risca os mandamentos constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade; por outro lado, se a Constituição for sintética e genérica, o legislador infraconstitucional terá maior campo de atuação.

O sistema constitucional brasileiro é extremamente rígido. É, em verdade, o sistema mais rígido dos países federalistas. É completo, fechado e harmônico. O mesmo ocorre no que diz respeito às referências sígnicas constantes no texto constitucional. Conforme já nos manifestamos, o constituinte optou por escolher conceitos, delimitando o seu objeto.

Em síntese, considerando a rigidez da Carta Magna, o Sistema Constitucional Tributário minunciosamente detalhado, em vista do extenso rol de prescrições constitucionais e, consequentemente, da maior definição estrutural do sistema já no plano constitucional, reduzido, limitado e circunscrito está o campo de atuação do legislador infraconstitucional.

Mesmo com a rigidez do Sistema Constitucional Tributário, e o longo processo hermenêutico desenvolvido pelo intérprete sobre o texto constituinte, há de se reconhecer a possibilidade de persistir no ordenamento a imprecisão de determinados conceitos. Não poderia ser diferente, uma vez que a linguagem se apresenta, inexoravelmente, sempre dotada de certa indeterminação semântica, revelada em vaguidade e ambiguidade, em maior ou menor grau, conforme o caso.[60]

No intuito de evitar que persistissem eventuais imprecisões nos conceitos constitucionais, e a fim de dirimir dúvidas sobre o campo de incidência constitucionalmente

---

[60] ALONSO, Juan Pablo. **Interpretación de las normas y derecho penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 49-65.

autorizado, a Lei Suprema trouxe, como "remédio" à solução desse impasse, a lei complementar, cuja função, papel e limites de atuação, estariam estritamente adstritos às previsões da Carta Magna. Este veículo introdutor de norma tem como fim precípuo impedir conflitos em matéria tributária. Nesse sentido, são esclarecedoras considerações de Paulo Ayres Barreto:

> Em súmula, o entrelaçamento das normas constitucionais, balizadoras do exercício da competência tributária impositiva, reduz a margem de liberdade de atuação do legislador infraconstitucional na composição das regras-matrizes de incidência tributária. Reconhecemos a existência de uma certa margem de discricionariedade para a precisa demarcação dos critérios conformadores da norma instituidora de tributo, desde que observados as balizas fixadas constitucionalmente.[61]

Tecidas estas breves premissas, vejamos, então, as funções da lei complementar em matéria tributária.

Atentos às disposições literais do artigo 18, §1º da Constituição Federal de 1967,[62] com redação dada pela EC 17/69, firmou-se a corrente tradicional, também chamada de corrente tricotômica, que defendia a existência de três funções distintas inerentes à lei complementar, a saber: (i) emitir normas gerais de direito tributário; (ii) dispor sobre conflitos de competência, nessa matéria, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; e (iii) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Em sentido contrário, trilhando raciocínio pautado na exegese do texto constitucional, na primazia da Federação e autonomia dos Municípios, a corrente monotômica firmou o entendimento de que a lei complementar disciplinada pela Constituição Federal de 1967 possuía como única finalidade a função de veicular normas gerais de direito tributário. Em seguida, surgiu a necessidade de dar sentido e alcance ao conceito de *normas gerais de direito tributário*. A partir de uma releitura do artigo 18, §1º da CF/67, inferiu-se as seguintes funções rigorosamente determinadas: dispor sobre conflitos de competência entre as entidades tributantes e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

---

[61] BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições**: Regime Jurídico, Destinação e Controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 32-33.

[62] *Art. 18. Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:*
[...]
§ 1º Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nesta matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar.

Já sob a égide da Constituição Federal de 1988, a discussão relativa às funções da lei complementar (se duas ou três) perdeu seu relevo. A previsão constante no artigo 146 e seus três incisos, repartindo-se o último em cinco alíneas, confirma a corrente monotômica, ou também chamada de *Escola Bem-Comportada do Direito Tributário Brasileiro.*

Em termos, o artigo 146 da CF/88[63] expressamente prevê que cabe à lei complementar os seguintes papéis (i) dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (ii) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; e (iii) estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, *especialmente* (a) sobre a definição de tributos e de suas espécies, bem assim dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; (b) obrigação de lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários (incluindo-se assuntos relativos ao tratamento tributário do ato cooperativo e definição do tratamento diferenciado e favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte).[64]

---

[63]*Art. 146. Cabe à lei complementar:*
I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;
III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.
d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
I - será opcional para o contribuinte; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

[64] Outras são as competências da lei complementar em matéria complementar, o que pode ser observado a partir de uma leitura sistemática do texto Constitucional de 1988, a saber: (a) criar empréstimos compulsórios (art. 148, CF); (b) fixar os requisitos a serem observados pelos partidos políticos e suas fundações, pelas entidades sindicais dos trabalhadores e pelas instituições de educação e assistência social para terem reconhecido o direito à imunidade à tributação por via de impostos (art. 150, VI, "c", CF); (c) fixar os termos e os limites para que os maiores de 65 anos desfrutem da imunidade à tributação por via de IR "sobre os rendimentos provenientes de aposentadorias e pensões, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 153, § 2º, II, CF); (d) enumerar as diretrizes básicas que nortearão a criação do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, CF); (e) criar os impostos de competência residual da União (art. 154, I, CF), (f) regular a competência para a instituição dos impostos sobre a transmissão causa mortis e doações quando o doador tiver domicílio ou

Esclareceu o constituinte de 88 que as normas gerais de direito tributário, além das suas funções precípuas, de dispor sobre conflitos de competência e regular as limitações ao poder de tributar, estariam habilitadas a reger, com especificidade, outras matérias, expressamente previstas na Carta Magna.

Embora pareça contraditório admitir a existência de conflitos, dada a tão aclamada rigidez e sistemática demarcação de competência tributárias do nosso ordenamento, a primeira função material da lei complementar consiste em dispor sobre conflitos. No intuito de dirimir questões relativas à invasão de competência tributária entre entes políticos destinatários, o constituinte delegou ao Congresso Nacional a função de interpretar o próprio texto constitucional por meio da lei complementar. Por vezes, essa função cabe ao Judiciário, quando instado a se manifestar.

Ao manter intacto o sistema de repartição, busca-se evitar a invasão de competência mediante a edição de normas práticas. Um exemplo a ser citado é a Lei Complementar 116/2003 que traz a lista *numerus clausus*, enumerando todos os serviços passíveis de incidência do ISS. Ressalvadas as críticas à Lei Complementar 116/2003, estudadas no capítulo III desta dissertação, o legislador buscou evitar o conflito de competência advindo da interpretação e do exercício da competência tributária outorgada pela Carta Magna aos entes políticos, demarcando o campo de atuação de cada um.

A lei complementar é regra de atuação direta e faz atuar a Constituição tão logo surgem os conflitos, posto que suas disposições devem estrita observância à Lei Maior. A rígida submissão à Lei Maior visa evitar eventuais questionamentos acerca da lei complementar restringir ou alargar a competência constitucional de cada ente tributante. Como Calmon salienta, "obviamente, a lei complementar, a título de solver "conflito de competência", não pode alterar a Constituição. A uma, porque isto só é possível através de

---

residência no exterior e quando o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior (art. 155, § 1º, III, CF); (g) disciplinar aspectos da tributação por via do ICMS, nos termos do artigo 155, § 2º, XII, "a" a "i" (excluída a alínea "e", implicitamente revogada pela Emenda Constitucional 42/2003) da CF; (h) sugerir os serviços tributáveis pelos Municípios por via de ISS (art. 156, III, CF); (i) fixar as alíquotas máximas do ISS (art. 156, § 3º, I, CF); (j) conceder isenções de ISS sobre as "exportações de serviços para o exterior" (art. 156, § 3º, II, CF); (k) fixar as alíquotas mínimas do ISS (art. 156, § 3º, II, CF); (l) criar novas contribuições sociais (além das previstas no art. 195, I-III,CF) destinadas a "garantir a manutenção ou expansão da Seguridade Social" (art. 195, § 4º, CF); e (m) impedir, para débitos em montantes superiores ao que fixar, "a concessão de remissão ou anistia das contribuições de que tratam os incisos I, "a", e II" do art. 195 da CF (art. 195, § 11, CF). Em caráter suplementar, os Estados podem, ainda, veicular normas gerais caso a União não o faça (art. 24, §§ 2º e 3º, CF), prevalecendo até que seja editada lei complementar, hipótese em que restará suspensa "a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário" (art. 24, §4º, CF).

emenda, processo legislativo diverso. A duas, porque, pudesse fazê-lo, teria o legislador da lei complementar poder constituinte permanente (hipóteses impensáveis logicamente)”.[65]

A segunda função material da lei complementar é regulação das limitações constitucionais ao poder de tributar. Porém, nem toda limitação imposta pela Carta Magna exige complementação de lei. O texto constitucional poderá impor uma limitação ao poder de tributar sem requisitar a lei complementar para regulá-la, tornando facultativa a competência do legislador infraconstitucional. Por vezes, poderá o constituinte requisitar a regulação da lei complementar, tornando obrigatória a competência. Há, ainda, as vedações constitucionais de eficácia cheia, que repelem qualquer regulamentação porque são autoaplicáveis em razão da própria natureza (normatividade plena).

A edição das normas gerais de direito tributário constitui a terceira função da lei complementar. A despeito da competência recebida, não é dado à lei complementar inovar a Constituição, conforme advertiram doutrinadores de peso, como Geraldo Ataliba, Aires F. Barreto, Souto Maior Borges, Roque Carraza, dentre muitos outros. Este instrumento introdutor de normas somente poderá versar o que, explicita ou implicitamente, está na Lei Suprema. Ao legislador complementar não é dado o poder de inovar, mas apenas declarar o que já está contido na Constituição, sob pena de ingressar em terreno que não é de sua competência.

Nesse sentido, tratar de *normas gerais* seria um assunto delicado, dada a abrangência e as possibilidades do tema, atreladas à impossibilidade de o legislador desbordar os limites impostos pela Carta Magna. Ao Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966, com *status* de complementar), incumbiu esse dever.

Especialmente no que se refere à regra-matriz de incidência tributária, não poderá o legislador infraconstitucional criar novos critérios ou definições que modifiquem ou ultrapassem os conceitos já insculpidos pelo constituinte, em contornos de tributos previamente fixados.

A interpretação das normas gerais de direito tributário deve apoiar-se na Constituição. Repisamos, o exame do legislador infraconstitucional deve sempre partir da Lei Maior. Quando o legislador desrespeita essa observância, invariavelmente, verificamos inconsistências no ordenamento jurídico, a teor dos indesejáveis conflitos de competência.

No entanto, ainda que à luz das funções constitucionalmente previstas, sobretudo no que diz respeito a *dispor sobre conflitos de competência*, não pode a lei complementar

---

[65] COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 91.

"criar" limitações à competência tributária do ente político, tampouco pode extrapolar àquelas já discriminadas constitucionalmente.

Como vimos nos tópicos anteriores, em razão da rígida repartição de competência tributária estabelecida pela Constituição Federal de 1988, a criação de tributo é permitida, tão-somente, ao ente federativo cuja competência tenha sido outorgada pela Constituição Federal, nos moldes por ela estabelecidos. Neste sentido, conclui Paulo de Barros Carvalho:

> Pode o legislador complementar, invocando a disposição do artigo 146, III, definir um tributo e suas espécies? Sim, desde que seja para dispor sobre conflitos de competência. Ser-lhe-á possível mexer no fato gerador, na base de cálculo e nos contribuintes de determinado imposto? Novamente sim, no pressuposto de que o faça para dispor sobre conflitos. E quanto à obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários? Igualmente sim, na condição de satisfazer àquela finalidade primordial.[66]

É vedado, portanto, que qualquer outro ente, que não aquele previsto pela Carta Maior, legisle ou institua tributo, ou o faça diversamente do arquétipo tributário delineado, sob pena de ofensa ao pacto federativo e à própria Constituição Federal. Afastando qualquer margem para a bitributação e, consequentemente, a invasão de competências, a Constituição atribuiu a cada entidade política um fato gerador distinto, a se arquitetar em um instituto jurídico autônomo e diferenciado uns dos outros.

Ainda, assim, discussão remanesce acerca da necessidade (ou não) de lei complementar prévia à edição de lei que institua determinado tributo pelo ente competente. A melhor proposta para o dilema segue a vertente que defende a supremacia da competência impositiva. A competência institutiva dos entes políticos pode ser exercida sem que lei complementar anterior estabeleça as normas gerais (defina o tributo e suas espécies, fato gerador, base de cálculo, contribuinte...). O Código Tributário Nacional, devidamente recepcionado pela Constituição de 1988, inclusive, com status de lei complementar, já exerce a função de definir as normas gerais de direito tributário, sobretudo no que se refere aos impostos discriminados. Não negamos, outrossim, que para os tributos novos, não previstos pelo Código, seria necessária maior definição por parte de lei complementar.

Em relação ao Imposto sobre Serviços, a Constituição outorgou aos Municípios a competência para institui-lo sobre "serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar". Nos termos do sistema de outorga e discriminação constitucional de competências tributárias, os Municípios e o Distrito Federal

---

[66] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. São Paulo. Noeses, 2013, p.403.

só podem criar imposto sobre fatos abrangidos pelo conceito de serviço, predefinidos na Constituição.

Em muitos os casos está a se exigir o ISS sob a pretensa alegação de que a atividade estaria prevista na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, como se a listagem da atividade fosse suficiente para outorgar a esta a natureza de serviço. Conforme Aires F. Barreto alerta com maestria, a expressão "definidos em lei complementar" não autoriza conceituar como serviço o que serviço não é. Conclui o doutrinador asseverando que:

> Admitir que o possa equivale a supor que, a qualquer momento, a lei complementar possa dizer que é serviço a operação mercantil, a industrialização, a operação financeira, a venda civil, a cessão de direitos. Em outras palavras, que a lei complementar possa, a seu talante, modificar a CF; que a limitação posta pela CF à competência municipal para só tributar atividades configuradoras de serviço não tem a menor relevância; que pode ser desobedecida pela lei complementar.[67]

Precisamente no tocante ao ISS, a lei complementar deve-se limitar a listar ou definir atividades que, por sua natureza, configurem serviço, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Não poderá o legislador infraconstitucional alterar o texto Supremo e retirar a competência constitucional de uma entidade política e dar a outra.

Ao menos explicitamente, a Constituição Federal não define o conceito de serviço para fins tributários, fixando diretrizes para que o intérprete o faça, incumbindo-se de fazer referência a este signo. A expressão de serviço está condicionada por todo o contexto constitucional, pelas exigências dos princípios fundamentais e pelas insinuações sistemáticas, suficientemente vigorosas para balizá-la decisivamente.[68]

Como grande desafio, o legislador infraconstitucional recebe a tarefa de definir os conceitos em discussão, principalmente aqueles que se confundem com limites de outros conceitos, a fim de dirimir os conflitos de competências, devendo fazê-lo, no entanto, não de maneira plena, mas sempre em cotejo com as fronteiras competenciais fixadas no texto maior.

A Constituição Federal impõe ao intérprete a busca construtiva dos seus significados dentro dos limites fixados no seu texto, cabendo-lhe apenas delinear as competências e desenhar os arquétipos das hipóteses de incidências, a serem descritas pelas leis instituidoras dos tributos.

---

[67] P. 132

[68] BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição e na lei**. Dialética. São Paulo, 2003, p. 27.

Posto isto, ainda em consideração da cláusula final do artigo 156, III da CF/88, podemos observar que o constituinte elegeu a lei complementar como veículo introdutor de normas tributárias definidoras dos *serviços de qualquer natureza* passíveis de tributação pelos Municípios. Nesta missão, não lhe foi conferida a possibilidade de ampliar ou restringir o conceito de serviço para alcançar outros fatos quaisquer, mas de delineá-lo mediante atividade eminentemente exegética e de imersão no contexto constitucional.

Há na doutrina quem considere a definição dos serviços pela lei complementar manifesta afronta à autonomia municipal, pois a competência tributária outorgada pela Constituição, precisamente no artigo 30, III, e o exercício desta competência por lei ordinária municipal estariam à mercê de uma legislação complementar.

Quanto à materialidade do ISS, o constituinte previu tratamento diferenciado aos Municípios, pois fez constar expressamente no texto original da constituição a necessidade de lei complementar para a definição dos serviços tributáveis.

Saliente-se que não estamos aqui para negar a autonomia municipal como princípio basilar do nosso ordenamento jurídico. Pelo contrário, queremos enaltecê-lo a ponto de não ter a sua vigência ameaçada por uma interpretação isolada do mencionado dispositivo. Como qualquer outra norma constitucional, a autonomia dos municípios deve ser compreendida mediante interpretação sistemática, debruçando-se sobre todos os dispositivos constitucionais que colaboram para a sua construção.

A rigidez da competência das pessoas jurídicas perdura até os limites que a própria linguagem constitucional estabelece, sendo certo que, a necessidade de lei complementar elencada ao final do artigo 156, III, configura um destes limites. Neste sentido, para compreendermos a real medida da competência tributária municipal para instituir ISS e o papel da legislação complementar, é imprescindível que façamos uma análise sincrônica dos artigos 30, III e 156, III do mesmo texto constitucional, para concluirmos que os Municípios têm competência para instituir e arrecadar o Imposto sobre Serviços de qualquer natureza, desde que estes serviços se tratem de “prestação” e “serviço” e estejam previstos em lei complementar.

3 OPERAÇÃO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

O presente capítulo se presta a analisar dois diferentes impostos, Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguros e Relativos a Títulos e Valores Mobiliários (IOF) e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), cuja outorga de competência pela Constituição Federal de 1988 foi dada, em caráter privativo, respectivamente, à União, nos termos do artigo 153, inciso V, e aos Município, nos termos do artigo 156, inciso III.

Em razão do corte epistemológico necessário, propomos a investigação da tributação das atividades realizadas pelas instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central. Diante da diversidade das operações por estas realizadas e da possibilidade de incidência de diferentes impostos, é importante que se fixe algumas premissas e conceitos básicos, a fim de evitar o fenômeno da bitributação. Nem todos os valores que transitam pelo patrimônio da pessoa jurídica acabam por integrá-lo. Nem toda receita configura operação de crédito, tampouco prestação de serviço.

Se determinado imposto incide sobre a receita é inexorável que se busquem todos os competentes que a informam. Sem essa busca, põe-se em risco a própria base de cálculo do tributo, tornando-o inexigível, pela ausência de subsunção do fato à norma.[1] A par disso, cumpre-nos investigar os critérios formadores da regra-matriz de cada imposto, descrevendo à minucia os componentes que o apoiam.

No intuito de enumerar os serviços passíveis de tributação pelo ISS, a Lei Complementar 116/2003 trouxe rol taxativo das possíveis atividades praticadas pelas intuições financeiras.

A despeito da competência outorgada ao legislador complementar para definir normas gerais de natureza tributária, bem assim evitar possíveis conflitos de competência, não podemos enxergar a Lista Anexa como norma cogente e ignorar que, em alguns casos, o arquétipo constitucional do imposto vem sendo desrespeitado ou, ainda, haja nítida invasão na ceara de competência de outro ente tributante. Não é porque uma atividade foi arrolada como serviço pela Lei Complementar 116/2003 que, efetivamente, detenha tal característica. Para que possamos empreender uma análise acurada do tema e identificar se os serviços enumerados pela Lei Complementar 116/2003 representam típicas atividades bancárias ou

[1] BARRETO, Aires. F. **ISS, IOF e instituições financeiras**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 42.

efetivas prestações de serviços, alguns conceitos pressupostos ao campo de incidência das respectivas normas tributárias se fazem necessários.

Nos parece que em razão da importância do imposto para os Municípios[2], pretende-se uma interpretação que desborda o texto constitucional, com a finalidade de abarcar, até mesmo, operações de cunho eminentemente financeiro, obrigações acessórias, meros ingressos, todos insusceptíveis de serem alcançados pelo ISS. Cabe ao intérprete, estudioso do direito, o papel de impedir tais desatinos.

3.1 O(s) imposto(s) previsto(s) no inciso V do artigo 153 da Constituição Federal

A Constituição Federal, como plexo de normas jurídicas que regulam as condutas da sociedade, arrola, de forma explícita ou implícita, as regras jurídicas fundamentais do Sistema Tributário Nacional. Em prestígio ao pacto federativo, a Carta Magna de 1988 demarcou minuciosamente as competências tributárias das diferentes pessoas políticas. Se por um lado o constituinte garantiu a autonomia financeira de cada ente, por outro, com a repartição precisa de suas competências, visou, também, impedir a bitributação. São limites que precisam necessariamente ser observadas por todo e qualquer aplicador do direito, sobretudo pelo legislador infraconstitucional quando da regulamentação da matéria.

Nesse contexto, analisaremos um (ou alguns) dos impostos de competência da União, cuja função extrafiscal denota importante ferramenta de intervenção do Poder Executivo nas políticas monetária, cambial e creditícia.

A Constituição Federal de 1967, em seu artigo 22, inciso IV[3], já previa a outorga de competência à União para instituição do imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro,

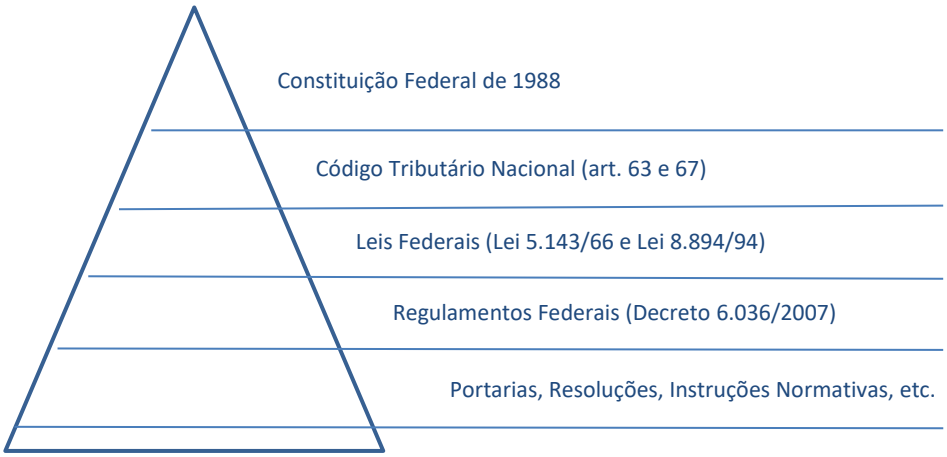
---

[2] Segundo dados do IBGE, no ano de 2015, a receita de ISS do Município de São Paulo representou cerca de 25% da sua arrecadação, equivalendo a mais de 12 bilhões de reais. http://comparabrasil.com/municipios/paginas/modulo1.aspx

[3] *Art. 22 - Compete à União decretar impostos sobre:*
[...]
VI - operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
[...]
§ 1º - O imposto territorial, de que trata o item III, mão incidirá sobre glebas rurais de área não excedente a vinte e cinco hectares, quando as cultive, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel.
§ 2º - É facultado ao Poder Executivo, nas condições e limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo dos impostos a que se referem os nºs I, II e VI, a fim de ajustá-los aos objetivos da política Cambial e de comércio exterior, ou de política monetária.
§ 3º - A lei poderá destinar a receita dos impostos referidos nos itens II e VI à formação de reservas monetárias.
§ 4º - Ô imposto sobre produto industrializado será seletivo, em função da essencialidade dos produtos, e não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nas anteriores.

ou relativas a títulos ou valores mobiliários. O perfil do tributo permaneceu inalterado com o advento da Carta Magna de 1988. Nos termos do inciso V do artigo 153[4], de igual modo, o constituinte atribuiu à União a competência para instituir o imposto sobre as operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a título ou valores mobiliários, vulgarmente conhecido como imposto sobre operações financeiras - IOF.

Os diplomas fundamentais que regem o IOF podem ser identificados pela seguinte pirâmide:



Embora disciplinado pelo mesmo dispositivo constitucional, não podemos afirmar que se trate de um único imposto. Em razão das situações fáticas distintas previstas no

---

§ 5º - Os impostos a que se referem os nºs VIII, IX, e X incidem, uma só vez, sobre uma dentre as operações ali previstas e excluem quaisquer outros tributos, sejam quais forem a sua natureza e competência, relativos às mesmas operações.
§ 6º - O disposto no parágrafo anterior não inclui, todavia, a incidência, dentro dos critérios e limites fixados em lei federal, do imposto sobre a circulação de mercadorias na operação de distribuição, ao consumidor final, dos lubrificantes e combustíveis líquidos utilizados por veículos rodoviários, e cuja receita seja aplicada exclusivamente em investimentos rodoviários. (Revogado pelo Ato Complementar nº 40, de 1968)

[4] *Art. 153 - Compete à União instituir impostos sobre:*
[...]
V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
[...]
§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.
[...]
§ 5º O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do "caput" deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
I - trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem;
II - setenta por cento para o Município de origem.

altiplano constitucional e das características particulares intrínsecas a cada atividade, encontramos a possibilidade de construção de cinco regras-matrizes de incidência tributária. Teríamos, em verdade, a outorga de competência à União, para instituição de cinco diferentes impostos, com diferentes materialidades, cujo traço comum se mostra pela incidência sobre "operações", realizadas no bojo de atos ou negócios jurídicos de direito privado.

Ainda que sob a outorga de uma única competência e sob o manto de um único tributo (o IOF), cinco impostos são possíveis de serem identificados: (i) Imposto sobre Operações de Crédito; (ii) Imposto sobre Câmbio (incluindo-se o ouro, enquanto instrumento cambial); (iii) Imposto sobre Seguros; (iv) Imposto sobre Operações Relativas a Títulos Mobiliários; e, por fim, (v) Imposto sobre Operações Relativas a Valores Mobiliários (incluindo-se o ouro, enquanto ativo financeiro).

Nos valemos, das considerações de Aires F. Barreto[5], para o qual a notável distinção entre títulos e valores mobiliários, se analisados isoladamente, seria suficiente a respaldar a construção de duas regras-matrizes independentes.

> Vistos globalmente, pode-se dizer que títulos ou valores mobiliários são papeis, instrumentos ou documentos que representam direitos de crédito, com aptidão para circular no mercado financeiro. Já, isoladamente, valores mobiliários as os documentos, papéis ou instrumentos que, sem revestir a qualidade de título de crédito, representam valores creditícios. São pouco comuns no nosso sistema financeiro e creditício. Nada obstante, entre outros, na nomenclatura "valores mobiliários", pensamos possam ser arrolados o ouro, enquanto ativo financeiro, e os RDB (recibos de crédito).

As possíveis materialidades do IOF foram estudadas por Jonathan Barros Vita[6]. O autor defende ser possível a constatação de cinco impostos, pela dessemelhança entre seus critérios materiais, ou mesmo entre os outros elementos da regra-matriz de cada um deles. Diversamente das cinco materialidades ora propostas, o doutrinador chama a atenção para a regra matriz que envolve ouro, cuja atenção especial nem sempre é dispensada pela doutrina. Seriam eles: (i) Imposto sobre Operações de Crédito; (ii) Imposto sobre Câmbio; (iii) Imposto sobre Seguros; (iv) Imposto sobre Operações relativas a Títulos *ou* Valores Mobiliários; e (v) Imposto sobre Operações de Ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial.

---

[5] BARRETO, Aires. F. **ISS, IOF e instituições financeiras**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 12-13.
[6] VITA, Jonathan Barros. **Tributação do câmbio**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Em contrapartida, grande parte da doutrina, a exemplo das lições de Roberto Quiroga[7], Elidie Bifano[8] e Sacha Calmon[9], identificam no texto constitucional a existência, somente, de quatro materialidade, assim identificadas: (i) Imposto sobre Operações de Crédito; (ii) Imposto sobre Câmbio; (iii) Imposto sobre Seguros; e (iv) Imposto sobre Operações relativas a Títulos *ou* Valores Mobiliários.

Se por regra-matriz entendemos a "expressão mínima e irredutível (com perdão do pleonasmo) de manifestação do deôntico, com sentido completo"[10], conseguimos construir a partir da dicção do inciso V, do artigo 153 do texto constitucional, cinco, e não quatro, regras-matrizes distintas, valendo-se a segregação proposta para títulos e valores mobiliários, incluindo-se no último o ouro, enquanto ativo financeiro.

3.1.1 O problema da nomenclatura

Embora seja corrente o uso da terminologia "Imposto sobre Operações Financeiras – IOF", tanto pela doutrina, pela lei, quanto pela jurisprudência, para designar os impostos cuja competência é outorgada à União pelo artigo 153, V, da Lei Maior, a referida locução se mostra, para muitos, inapropriada, sofrendo severas críticas quanto a sua utilização.

Historicamente, o IOF surgiu para ocupar o lugar do Imposto sobre Selo, instituído no Brasil antes mesmo da disciplina constitucional.[11] O tributo ingressou no ordenamento jurídico constituinte na Carta Magna de 1891, como outorga de competência à União para instituir "taxa de selo".[12] Já na Constituição de 1946 (artigo 15, inciso VI), a previsão do tributo foi disposta de modo a conferir à União a competência para decretar impostos sobre *negócios de sua economia, atos e instrumentos regulados por lei federal.*

No plano infraconstitucional, alguns instrumentos normativos foram editados no sentido de regulamentar a matéria, a exemplo do Decreto nº 32.392, de 9 de março de 1953,

---

[7] MOSQUEIRA. Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais.** São Paulo: Dialética, 1999.

[8] BIFANO, Elidie Palma. Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva. (Org.). **Tratado de direito tributário**. v. 01. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

[9] COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

[10] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.531.

[11] Alvará de 10 de março de 1779 e Alvará de 24 de abril de 1801.

[12] *Art. 7º - É da competência exclusiva da União decretar:*
3º) taxas de selo, salvo a restrição do art. 9º, § 1º, nº I;

baixado como *Consolidação das Leis do Impôsto do Sêlo*, posteriormente modificado pela Lei nº 2.916, de 13 de outubro de l956, e pela Lei nº 2.930, de 27 de outubro de 1956.

A denominação do tributo por meio da locução *Imposto sobre Operações Financeiras* teve como marco inicial a Emenda Constitucional 18, de 01 de dezembro de 1965, que propôs a reforma do Sistema Tributário então vigente. Nos termos do seu artigo 14, foi conferida à União a competência para instituição do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores imobiliários. Naquela oportunidade, o caráter extrafiscal já foi confiado ao tributo, de modo que poderia o Poder Executivo, nas condições e limites estabelecidos por lei, alterar suas alíquotas e base de cálculo, com a finalidade de ajustar o tributo aos objetivos da política monetária.

Em atenção à referida EC 18/65, sobreveio a edição da Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, que instituía o imposto sobre operações financeiras, regulava a respectiva cobrança e dispunha sobre a aplicação das reservas monetárias oriundas de sua receita. Nos termos do seu artigo primeiro, o imposto incidiria sobre as operações de crédito e de seguro.

Diante da possibilidade de instituição das cinco materialidades distintas, previstas constitucionalmente (imposto sobre operações de crédito, imposto sobre operações de câmbio, imposto sobre operações de seguro, imposto sobre operações relativas a títulos imobiliários e imposto sobre operações relativas a valores imobiliários), a Lei 5.143/66 optou por criar, tão somente, o imposto sobre crédito e o imposto sobre seguros, ambos sob a mesma denominação (imposto sobre operações financeiras - IOF). Tecnicamente, conforme veremos melhor a seguir, a denominação *imposto sobre operações financeiras* não era de um todo imprópria. À época da edição da lei em comento, a incidência do imposto alcançava, tão somente, as operações de cunho eminentemente financeiros e realizadas por entidades financeiras. Esse alcance foi alterado por meio dos instrumentos normativos subsequentes.

Poucos dias após a edição da Lei mencionada, foi promulgado o Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que, por sua vez, deu um novo enfoque à matéria. Em seu artigo 63, o CTN tratou das cinco materialidades do tributo, trazendo expressamente o *imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.*

No mesmo sentido tratou a Carta Magna de 1967 (artigo 22, VI), recepcionando os conceitos, termos e expressões utilizados pelo Código Tributário Nacional, que ora se inovava em relação à Constituição anterior.

Visando dar efetividade à outorga de competência constitucional e em atenção aos pressupostos de incidência estabelecidos pelo Código Tributário Nacional, a plena criação do imposto se deu com o advento do Decreto-lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980.[13]

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o artigo 153, V manteve o caminho já trilhado pelo texto constitucional de 1967. Embora tenha mantido as cinco materialidades anteriormente previstas, a Lei Suprema atualmente vigente trouxe uma inovação no que se refere à tributação do ouro, enquanto ativo financeiro e instrumento cambial.

Nos dias atuais, a disciplina infraconstitucional encontra-se regulamentada por meio da Lei 8.894, de 21 de junho de 1994 (conversão da MP 513/94), que traz uma espécie de consolidação das normas do tributo, e seus diversos Decretos, em especial o Decreto nº 6.306, de 2007.

Mesmo diante desse breve panorama histórico, é certo que não existe um imposto sobre *operações financeiras.* Tal expressão sequer encontra previsão no texto constitucional vigente. Encontramos no texto de 1988, por outro lado, cinco bases econômicas distintas e que não podem ser resumidas, nem mesmo subsumidas, ao gênero *operações financeiras*.[14]

---

[13] Sob a égide da Carta Constitucional de 1967 e do quanto determinado em seu art. 55, inciso II, o tributo poderia ser criado e majorado por meio Decreto-lei, sem que isso representasse ofensa ao princípio da reserva legal, inserto no art. 153, §29 da CF/67 e do art. 97 e 98 do CTN. Tal possibilidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidade. Nesse sentido, vejamos ementa do RE 99.698, acórdão de lavra do Ministro Moreira Alves:
- O Decreto-lei e o princípio constitucional da legalidade em matéria tributária (§29 do art. 153 da Constituição).
- Em nosso sistema constitucional vigente, observados os requisitos estabelecidos pelo artigo 55 da Constituição, decreto-lei pode criar ou majorar tributos.
- Inexistência de ofensa ao artigo 97 do CTN.
- Falta de prequestionamento (Súmulas 282 e 356 da questão relativa ao art. 98 do CTN).
- Recurso Extraordinário não conhecido.
No mesmo sentido:
Tributário. I.O.F. Decretos-leis ns. 1783-80 e 1844-80. Firmou-se no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que é possível, através de decreto-lei, criar-se ou majorar-se o Imposto sobre Operações Financeiras, na conformidade do disposto no art. 55, II, da Constituição Federal, inexistindo, outrossim, ofensa ao art. 97 do CTN. (RE 99711, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 24/05/1983, DJ 24-06-1983 PP-09479 EMENT VOL-01300-03 PP-00650 RTJ VOL-00095-03 PP-01373)
I.O.F. CRIAÇÃO POR DECRETO-LEI. EM NOSSO SISTEMA CONSTITUCIONAL, OBSERVADOS OS REQUISITOS ESTABELECIDOS NO ART-55, II, DA CARTA MAGNA, DECRETO-LEI PODE CRIAR OU MAJORAR TRIBUTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE QUE SE NÃO CONHECE. (RE 99702, Relator(a): Min. SOARES MUNOZ, Primeira Turma, julgado em 05/04/1983, DJ 29-04-1983 PP-05560 EMENT VOL-01292-03 PP-00905)

[14] Em interessante apontamento sobre o tema, Elidie Bifano ressalta que "não parece despido de razão o uso dessa expressão, reunindo ela toda a substância das operações que pretende atingir", uma vez que, o conceito de mercado financeiro é tão abrange que nenhuma das operações versando sobre a circulação do dinheiro, mercadoria fundamental e única desse mercado, a ele se subtrai. A autora concorda que o emprego da terminologia operações financeiras está em desacordo com os ditames constitucionais, no entanto, chama atenção para o fato de que todas as hipóteses de incidência do IOF tributam o patrimônio,

Com o uso comum da locução e sua sigla, os problemas incorridos pela impropriedade do termo perduram nos dias atuais. Temos cinco impostos específicos, autônomos e independentes, sob a incorreta denominação de imposto sobre operações financeiras, o que acaba por gerar corriqueiras confusões para os estudiosos do direito.

Na prática, o objetivo é, tão somente, designar a classe de tributos tratada pelo artigo 153, V da Constituição Federal de 1988. No entanto, o uso inadequado da expressão acaba trazendo a ideia de que todas as operações teriam como característica comum, por isso integrantes de uma mesma classe, o fato de serem "financeiras", o que, de fato, não é correto se afirmar.

Além dos problemas relativos à polissemia das palavras, Quiroga sustenta que "ao mesmo tempo em que a expressão "operações financeiras" é vaga, pois contempla operações financeiras que não são atingidas pelos impostos referidos, é ela restritiva, pois, os impostos sobre operações de crédito, cambio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários podem incidir, também, sobre operações não financeiras".[15]

Todos os impostos aqui tratados têm como traço comum a incidência sobre "operações", realizadas no bojo de atos ou negócios jurídicos de direito privado. No entanto, os fatos jurígenos possíveis, previstos no inciso V do artigo 153 da CF/88, possuem conceitos distintos entre si e, com efeito, não se confundem. O substantivo "operação", de classe genérica, tem seu significado original modificado com a associação às locuções adverbiáveis que o sucedem e representam classes específicas sujeitas à tributação ("de crédito", "de câmbio", "de seguro", "relativas a títulos mobiliários" e "relativas a valores mobiliários").

Tais esclarecimentos semânticos se mostram relevantes, sobretudo pela tendência em se considerar que *todos* os negócios jurídicos realizados por instituições financeiras fiscalizadas pelo Banco Central estariam sujeitos ao chamado *Imposto sobre Operações Financeiras*. Ou, ainda, que o chamado *Imposto sobre Operações Financeiras* incidiria sobre as operações realizadas, exclusivamente, pelas instituições financeiras. Trata-se de premissas equivocadas.

---

riqueza representada pelo dinheiro, em diversos momentos. (BIFANO, Elidie Palma. O Mercado Financeiro e o Imposto sobre a Renda. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Tributário à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, PUC, 2006, p. 87)

[15] MOSQUEIRA. Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 102-104.

Veremos a seguir que nem todas as atividades praticadas pelas instituições financeiras estão sujeitas aos impostos em comento. Muitas delas não configuram operações creditícias, operações cambiais, securitárias ou com títulos e valores mobiliários. Muitas vezes caracterizadas por inequívocas prestações de serviço, estão sujeitas, tão somente, ao imposto de competência Municipal.

Veremos, ainda, que pessoas jurídicas, entidades não financeiras que efetivamente realizar uma das hipóteses de incidência da norma, estará sujeita aos impostos em questão, uma vez que o fato de ser intuição financeira não consta no critério material do tributo.

No caso do imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, relativas a títulos e valores mobiliários, verificamos que os cinco núcleos impositivos foram precisamente delineados pelo texto constitucional, replicados e definidos pela lei complementar (Código Tributário Nacional), não deixando margem para a atecnia incorrida e evitando-se, inclusive, problemas de bitributação ou conflitos de competência.

Por vezes, trataremos aqui os cinco impostos em questão apenas por *tributo ou imposto,* por estarmos nos referindo à outorgada de competência, previsão constitucional enquanto gênero, classe genérica de impostos que têm como traço comum a incidência sobre "operações". Sem preciosismo e em desapego à técnica e à formalidade, por vezes, trataremos, ainda, tão somente por *IOF*, sem que isso represente a aceitação do uso da terminologia "imposto sobre operações financeira" ou que diga admiti-la como apropriada para designar as cinco espécies constitucionalmente previstas, conforme expusemos na crítica anterior.

3.1.2 Extrafiscalidade e os princípios constitucionais

O Estado, visando regular a economia, estimula ou desestimula a prática de certas operações pelos contribuintes, utilizando a carga tributária como instrumento indutor de práticas de mercados. A extrafiscalidade ocorre, segundo Roque Carrazza, "quando o legislador, em nome do interesse coletivo aumente ou diminua as alíquotas e/ou bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa".[16]

Como meio jurídico de intervenção do Governo Federal nas políticas monetária, cambial e creditícia, a Constituição Federal de 1988 manteve o caráter de extrafiscalidade

[16] CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

dos impostos previstos no artigo 153, V, atribuindo ao Executivo, no parágrafo 1º do artigo em referência, a competência para alterar as suas alíquotas. *In verbis: É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.*

O Código Tributário Nacional, por sua vez, no sentido da redação da Carta Constitucional de 1967, estabeleceu que "O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária". No entanto, com o advento da Constituição de 1988, o referido artigo restou em parte derrogado, não tendo sido recepcionado em sua integralidade pela Lei Maior. A autorização fornecida ao Executivo é para manejar, tão somente, as alíquotas dos impostos, não mais as bases de cálculos.

Concordamos, assim, que o imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários *tem função predominantemente extrafiscal*, por ser muito mais um instrumento de manipulação das políticas monetária, cambial e creditícia, do que simples meio de obtenção de receitas.[17] Mas não queremos, com isso, dizer que o tributo em questão não possua caráter fiscal.[18] A função arrecadatória, ao nosso ver intrínseca a todo e qualquer imposto, se mostra igualmente presente para o IOF, até mesmo porque o referido tributo ocupa parcela significativa dos grandes contribuintes da Receita Federal.

Assim como os demais impostos tratados pela Constituição Federal de 1988, o imposto previsto no artigo 153, V da Carta Magna, também se submete aos princípios constitucionais tributários.

Entre a análise da função da extrafiscalidade do tributo e o princípio da legalidade surge interessante ponto de interseção, uma vez que a previsão constitucional acerca da possibilidade de alteração das alíquotas do imposto pelo Poder Executivo (Presidente da República) deixou certa margem de dúvida no tocante à observância ao aludido princípio.

Ao nosso ver, a extrafiscalidade não configura exceção ao princípio da legalidade. Vejamos o porquê.

A dicção do parágrafo primeiro do artigo 153 da Constituição Federal de 1988 é clara ao prever que, desde que *atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei*, poderá o Poder Executivo alterar as alíquotas dos impostos. Estas condições e limites serão tratados

---

[17] MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Editora Malheiros. 1997, p. 245.

[18] Vide comentários traçados por Jonathan Barros Vita no tocante a *não classificação* dos tributos em fiscal e extrafiscal. (VITA, Jonathan Barros. **Tributação do câmbio**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 220 e 229).

pelo legislador ordinário, quando da determinação dos critérios da regra-matriz de incidência.

A faculdade dada ao Presidente da República está adstrita aos limites impostos pela lei. Qualquer ato do Poder Executivo contrário à lei que fixa tais balizas seria eivado de ilegalidade. Caberia, assim, ao legislador ordinário fixar um patamar máximo e mínimo para as alíquotas, cuja observância se impõe, até porque não seria dado ao Poder Executivo a possibilidade de modificar algo que não fosse preexistente.

Dessa forma, temos que o parágrafo 1º do artigo 153 da CF/88 estaria em consonância com o que estabelece o inciso I, do artigo 150 da Carta Magna, não havendo, assim, ofensa ao princípio da legalidade.

Quanto ao instrumento normativo hábil à alteração das alíquotas mencionadas, por se tratar de competência do Chefe do Poder Executivo, leia-se Presidente da República, conforme dispõe o artigo 84, inciso IV da CF/88, as alíquotas dos impostos referidos no artigo 153, V da CF/88 somente poderão ser alteradas por Decretos, não sendo possível a delegação de competência aos Ministros de Estado, uma vez que tal faculdade não é prevista constitucionalmente.

A despeito do nosso entendimento, o E. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que é possível a alteração da alíquota do IOF mediante Portaria Ministerial, uma vez que o artigo 6º do Decreto 2.219/97 autorizaria a delegação de competência ao Ministro de Estado, fato que, na visão da Corte Superior, seria suficiente a afastar qualquer alegação de ilegalidade. Nesse sentido, mencionamos os Recursos Especiais 552651/CE e 1123249/RJ.[19]

---

[19] PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. MAJORAÇÃO DO IOF ATRAVÉS DE PORTARIA DO MINISTRO DA FAZENDA. POSSIBILIDADE.

1. O Recurso Especial não é servil à impugnação de acórdão fundamentado em matéria de índole exclusivamente constitucional.
2. O IOF, tributo que escapa ao princípio da legalidade no que pertine à majoração de sua alíquota, pode tê-la alterada por ato do Poder Executivo, consubstanciado em Portaria Ministerial, por expressa delegação autorizada nos termos de Decreto 2219/97.
3. Recurso Especial não conhecido. (REsp 552.651/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2003, DJ 03/11/2003, p. 281)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA DE IOF POR MEIO DE PORTARIA: CABIMENTO.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem analisa as questões apresentadas para julgamento de maneira suficiente e adequada à solução da controvérsia, ainda que ele não se pronuncie sobre cada um dos pontos específicos apresentados pelas partes.
2. Está Corte já se pronunciou pela possibilidade de ser alterada alíquota de IOF por meio de portaria ministerial, não havendo nessa hipótese nenhuma ofensa ao princípio da legalidade.
3. Recurso especial não provido. (REsp 1123249/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 02/12/2009)

O princípio da legalidade é regra cuja aplicação não é excluída ou excepcionada para os tributos em comento, tampouco por força do quanto determina o parágrafo primeiro do artigo 153 da Constituição, ao outorgar ao Poder Executivo a possibilidade de alterar as alíquotas dos impostos. No entanto, em razão do caráter extrafiscal dos referidos tributos, muitas vezes questões de interesse nacional se sobrepõe à aplicação do princípio da legalidade. Nesse tocante, nos causa certo incômodo algumas questões, podendo-se mencionar a tributação do ouro, enquanto instrumento cambial ou financeiro (§5º do art. 153 da CF/88).

A despeito da omissão constitucional, no que se refere à previsão do instrumento normativo responsável por definir *ouro-mercadoria* (ICMS), *ouro-ativo financeiro* (imposto sobre operações relativas a valores mobiliários) e *ouro-instrumento cambial* (imposto sobre operações de câmbio), por se tratar de solução de conflito de competência, nos termos do artigo 146, I da CF/88, queremos crer que a lei complementar seria o instrumento mais adequado para tanto.[20]

No entanto, em razão da inexistência de edição da referida lei complementar, prevalece nos dias atuais as diretivas do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional, o que só demonstra notável invasão de competência legislativa do Congresso Nacional. Nas palavras de Sacha Calmon, "o IOF, por isso, passa, em larga escala, longe do princípio da legalidade da tributação. Os exemplos são inúmeros. O imposto é *cosa mostra* da autoridade monetária".[21]

Diante deste cenário, seria possível sustentar que, justamente por ser tido como instrumento hábil de extrafiscalidade, outros interesses se sobrepõe quando da regulação da matéria. Por isso, não raras as vezes, o princípio da legalidade seria desprestigiado, cedendo espaço para manobras do Executivo. No entanto, ao nosso ver, a despeito da característica extrafiscal, o princípio da legalidade é de aplicação cogente aos impostos em testilha, sendo

---

[20] Em sentido contrário, posiciona-se JONATHAN BARROS VITA, defendendo ser prescindível a edição de lei complementar para instituição do IOF, notadamente porque o Código Tributário Nacional (recepcionado como lei complementar) já traria os critérios mínimos necessários para a definição do tributo, afastando-se, por conseguinte, qualquer provoca de conflito de competência com base art. 146, I da CF/88. Nesse sentido, são suas lições:
"Por tais razões, muitos autores colocam o IOF como necessidade de instituição por meio de lei complementar, por trata de um conflito de competência a interação entre esses tributos.
Tais argumentos são desconsiderados por algumas razoes, em especial, a de que o CTN, lei complementar, em seus artigos 63 e seguintes, já traz a definição mínima deste tributo, do que o se papel, independentemente da corrente adotada para as leis gerais em matéria tributária (dicotômica ou tricotômica), já consegue o seu desiderato em retirar o supracitado conflito normativo tributário" (VITA, Jonathan Barros**. Tributação do câmbio**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 219-220).

[21] COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 463.

a sua observância imperativa, inclusive pelo Poder Executivo, que está estritamente adstrito aos limites impostos pela lei quando da alteração de suas alíquotas.

Ultrapassadas as questões atinentes ao princípio da legalidade, vejamos, então, a aplicação dos demais princípios constitucionais, com fundamento no artigo 150 da Constituição Federal[22].

---

[22] *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;
III - cobrar tributos:
a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;
b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;
c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
IV - utilizar tributo com efeito de confisco;
V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;
VI - instituir impostos sobre:
a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
b) templos de qualquer culto;
c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.
e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 75, de 15.10.2013)
§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
§ 2º A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.
§ 3º As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.
§ 4º As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.
§ 5º A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.
§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a

Dúvidas não remanescem quanto à aplicação, em sua integralidade, dos demais princípios constitucionais que regem o direito tributário: (i) princípio da irretroatividade tributária, segundo o qual o imposto em testilha não poderá ser exigido em relação a fatos geradores ocorridos antes do início de vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; (ii) princípio do *não confisco*, por meio do qual o Fisco fica impossibilitado de estipular alíquotas elevadas que tornem o tributo confiscatório ou com fins confiscatórios; (iii) princípio da isonomia tributária, pelo qual não poderá a União Federal estabelecer tratamento desigual entre os contribuintes desses impostos; e (iv) imunidade tributária, uma vez que os aludidos impostos não poderão onerar bens ou entidades imunes a impostos.

Contudo, no que se refere ao princípio da anterioridade das leis tributárias, vemos no parágrafo primeiro do artigo 150 da Constituição Federal de 1988 uma exceção a sua aplicação. Trata-se, inclusive, de inovação trazida pela Carta Constitucional de 1988, não prevista nos diplomas anteriores. A lei que criar ou majorar os impostos, alterando suas alíquotas, será eficaz e aplicável no mesmo exercício financeiro em que tiver sido publicada. A vedação à aplicação do referido princípio visa dar maior efetividade à função extrafiscal do tributo, uma vez que possibilita maior articulação da economia por meio da carga tributária.

3.1.3 A incidência sobre "operações"

Conforme já expusemos, os impostos descritos no inciso V do artigo 153 do texto constitucional incidem sobre "operações". Mas não são quaisquer operações. São os atos regulados pelo Direito, negócios jurídicos específicos, estabelecidos entre dois ou mais sujeitos de direito e expressamente delineados pela Lei Suprema.[23]

---

imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[23] Por negócio jurídico entendemos o ato jurídico (em sentido lato) que se estabelece entre dois ou mais sujeitos de direito.

A despeito da controvérsia doutrinária quanto à denominação dos institutos estudados no Direito Civil, nos filiamos à corrente adotada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, no sentido de ser o ato jurídico (em sentido lato) todo aquele provenientes da vontade humana e capaz de gerar repercussão dentro do âmbito do Direito, sendo possível distingui-los em ato jurídicos (em sentido estrito), negócio jurídico e ato ilícito.

O ato jurídico (strictu sensu) - ou ato meramente lícito - constitui "simples manifestação de vontade, sem conteúdo negocial, que determina a produção de efeitos legalmente previstos" *(*STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 377).

Noutras palavras, é quando o ato lícito, mesmo quando inexiste declaração de vontade realizada dentro do

O termo “operações” foi objeto de análise por renomados doutrinadores, cumprindo trazer a conhecimento alguns dos conceitos sugeridos, tanto à luz do estudo do antigo ICM, quanto à luz do IOF.

Para Geraldo Ataliba, “as operações referidas pelo art. 23, II da CF, configuram atos jurídicos, atos relevantes para o Direito. Operações com atos regulados pelo Direito, atos a que o Direito atribui efeitos jurídicos”.[24]

Paulo de Barros Carvalho, analisando o tema sob a ótica do imposto sobre a circulação de mercadoria (ICM, sem o ‘S’), sustentou que, “operações, no contexto, exprime o sentido de atos ou negócios hábeis para provocar a circulação de mercadoria. Adquire, neste momento, a acepção de toda e qualquer atividade, regulada pelo Direito, e que tenha a virtude de realizar aquele evento”. [25]

Aires F. Barreto, em suas completas considerações, por sua vez, assevera “que o termo operações, à luz de um ponto de vista estritamente jurídico, significa atos regulados pelo Direito capazes de produzir efeitos jurídicos, ou seja, negócios jurídicos. Pode-se afirmar que os impostos mencionados não oneram os títulos ou valores mobiliários, o

---

campo da autonomia privada, concretiza pressuposto fático contido na norma jurídica. Temos como base legal uma única regra no Título II, dispondo que a estes atos jurídicos (strictu sensu) aplicam-se, no que couber, as disposições relativas ao negócio jurídico. São aqueles atos a que acima denominamos de atos meramente lícitos.

Já no **negócio jurídico**, o efeito jurídico almejado é deliberadamente procurado através de uma convenção particular. Em síntese, “o negócio jurídico representa uma prerrogativa que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo capaz de, por sua vontade, criar relações a que o direito empresta validade, uma vez que se conformem com a ordem social. A vontade procura um fim que não destoa da lei e que, por esse motivo, obtém dela a eficácia necessária” *(*RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2007, Vol. 1, p. 170). Tais institutos são tratados no Livro III do Código Civil, tendo como ponto de partida a discrição dos pressupostos de validade do negócio jurídico no art. 104, quais sejam: a) a capacidade do agente; b) o objeto lícito; c) a forma prescrita em lei.

Por último, mas não menos importante, temos o Ato Ilícito, versado n o Título III do Código Civilista. Por ato ilícito entendemos a manifestação da vontade humana praticado em desacordo com a ordem jurídica, violadora de direito subjetivo. Assim, é a conduta realizada juntamente com a infração de um dever legal previamente estipulado, resultando dano, prejuízo para outrem, o que gera o dever de ressarcimento a vítima. O ato ilícito produz efeitos jurídicos, sendo estes por sua vez não desejados pelo agente, mas impostos pela lei. Conforme o art 186 do CC. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Todos os institutos comentados estão contemplados no estudo sobre o fato jurídico, que em sentido amplo configura *todo ato natural ou humano capaz de criar, modificar conservar ou extinguir relações jurídicas (*STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 370).

[24] ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. Núcleo da definição constitucional do ICM. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 25, 1983, p. 104.

[25] CARVALHO, Paulo de Barros. **Regra-matriz do ICM**. Tese apresentada para obtenção de Título de Livre Docente da Faculdade de Direito da PUC/SP, 1981, p. 170.

câmbio, o seguro etc., incidem, sim, sobre os negócios jurídicos que têm esses bens ou valores por objeto, ou ainda, sobre operações a eles relativas".[26]

O vocábulo "operação" chama a incidência de três tributos distintos: imposto sobre produtos industrializados – IPI (art. 153, IV da CF/88), imposto sobre operações relativas à circulação de mercadoria – ICM (sem o 'S') (art. 155, II da CF/88) e imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (art. 153, V da CF/88). Não estaremos diante, outrossim, do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS (art. 156, III da CF/88) que, ao contrário das grandes dúvidas e críticas que giram em torno da matéria, jamais poderá incidir sobre *operações*.[27]

Ressalta-se a importância de conceituar o termo, sobretudo de distingui-lo dos demais vocábulos utilizados pelo constituinte para designar hipóteses de incidência distintas. Alguns tributos, a exemplo do ISS, IPI e ICMS, contam com critérios de incidência similares ou, simplesmente, almejam incidir sobre fatos jurídicos conflitantes, o que acabaria por induzir o aplicador do direito em inequívoco erro.

Nesse viés, Jonathan Barros Vita[28] faz importante remissão ao ISS. Na sua visão, de forma direta ou indireta, os eventos tributáveis pelo IOF seriam serviços que, ao menos, em tese, estariam passíveis de tributação pelo ISS.

Com a vênia devida, ousamos discordar de tais considerações, na medida em que, diferentemente, não admitimos o chamado *bis in idem* supostamente permitido pela legislação. Na nossa visão, não estamos diante de dois eventos distintos que implicam a incidência de tributos distintos. O fato jurídico tributável é um só; ou se tem prestação de serviço, passível de incidência do ISS, ou se tem operação de crédito, por exemplo, passível de incidência do IOF. A incidência concomitante, ao nosso ver, não é permitida pelo ordenamento. Dentre os doutrinadores[29] que comungam desse entendimento, citamos as valiosas lições do mestre Aires F. Barreto:

> É que, em nosso sistema constitucional, a circunstância de um imposto onerar um fato exclui, de modo absoluto, qualquer outra oneração tributária sobre esse mesmo fato. Não há a possibilidade jurídica de incidência de duas leis tributárias sobre o mesmo fato (fenômeno que parte

---

[26] BARRETO, Aires. F. Natureza jurídica do imposto criado pela medida provisória 160/90. **Repertório IOB de Jurisprudência**, 2ª quinzena de maio de 1990, nº 10, p. 152.

[27] Conforme veremos em tópico próprio, o cerne da questão gira em torno da efetiva natureza da atividade que se pretende tributar.

[28] VITA, Jonathan Barros. **Tributação do câmbio**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 218-219.

[29] Nesse sentido são as lições de Geraldo Ataliba (ICM: Base de Cálculo. Revista de Direito Tributário), Cléber Giardino (ISS – Competência Municipal. Revista de Direito Tributário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 32, 1985), Aires F. Barreto (ISS na Constituição e na Lei. São Paulo: Dialética, 2003) e José Eduardo Soares de Melo (ICMS Teoria e Prática. São Paulo: Dialética, 1995).

> da doutrina qualifica de bitributação). Essa duplicidade, muito comum em outros sistemas jurídicos, foi rigorosamente tratada pelos nossos legisladores constituintes, desde 1934. Daí ter sido peremptoriamente excluída, no Brasil, a possibilidade de duas entidades tributantes onerarem o mesmo fato.[30]

A delimitação do campo de incidência torna-se, então, importante pressuposto a ser fixado, sobretudo em razão dos limites para tributação de cada materialidade impositiva. Conforme veremos no decorrer do presente trabalho, diante da diversidade das operações complexas realizadas pelas instituições financeiras, e da possibilidade de incidência de tributação distintas sobre estas, é importante que se fixe algumas premissas e conceitos básicos, a fim de evitar o fenômeno da bitributação.

O sentido atribuído pelo constituinte no artigo 153, V da Constituição Federal de 1988 para o termo "operações", foi o mesmo utilizado no artigo 155, II do referido diploma legal, ao tratar do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadoria e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações de iniciem no exterior. Nesse artigo, empregou o constituinte dois vocábulos distintos ("operações" e "prestação"), sobremodo importantes, para demarcar o campo de incidência das possíveis materialidades do ICMS.

"Operações" e "prestação" não são vocábulos equivalentes e a distinção entre os termos pode ser extraída em uma análise sistemática da própria Carta Constitucional. Observamos dos incisos que compõe o parágrafo 2º do artigo 155, a delimitação do âmbito de atuação dos tributos, recaindo o alcance do ICMS sobre as *operações* relativas à circulação de mercadoria e sobre a *prestação* de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Se o objeto da operação for um negócio jurídico envolvendo mercadorias, ter-se-á a possível incidência do ICMS. Se, diferentemente, o objeto for um negócio jurídico pertinente a produtos industrializados, haverá a provável incidência de IPI. Caso, diversamente, se tiver frente a um negócio jurídico de natureza creditícia, cambial, securitária, ou envolvendo títulos ou valores mobiliários, ter-se-á operações que implicam a provável incidência do IOF.[31] Falamos sempre em possível ou provável, pois a incidência depende da análise, também, de outros critérios.

---

[30] BARRETO, Aires. F. **Curso de direito tributário municipal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.
[31] BARRETO, Aires. F. **ISS, IOF e instituições financeiras**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 14-15.

Para todos os casos acima tratados, não poderemos falar na incidência do ISS, simplesmente porque não estamos diante de “prestação” de serviço, mas, sim, de uma “operação”, cujo conceito será melhor explicado adiante.

A partir de tais considerações, vemos que a demarcação dos conceitos dos vocábulos “operação” e “prestação” é pressuposto necessário a se evitar a incidência de imposto sobre fato jurídico não previsto em sua hipótese.

No que se refere ao imposto tratado pelo artigo 153, V da Carta Constitucional, “operação”, enquanto negócio jurídico apto a gerar efeito entre as partes, é o núcleo básico da regra matriz, o ponto comum de intersecção entre as possíveis materialidades do tributo.

Os impostos em comento incidem eminentemente sobre fatos iluminados sobre contratos, que se desdobram em: (i) de crédito (mútuo e *factoring*), (ii) de câmbio (troca de moedas, incluindo-se o ouro, enquanto instrumento cambial), (iii) de seguro (contratos bilaterais, onerosos e aleatórios), (iv) relativo a títulos mobiliários (títulos de crédito, mercado de futuros, notas cambiariformes, etc.) e (v) relativo a valores mobiliários (ouro, enquanto ativo financeiro e RDB – recibos de crédito). Trata-se de balizas materiais, impostas pelo constituinte, que não deverão, sob qualquer que seja a perspectiva, ser ultrapassadas. Tais impostos não incidem sobre o crédito, o câmbio, etc., mas, sim, sobre os negócios jurídicos, ou seja, sobre as operações que envolvem estas materialidades.

O aspecto material do tributo atua em proximidade a seu aspecto temporal, em razão da possibilidade de o legislador eleger o momento que considerar-se-á ocorrido o fato jurídico tributário e a consequente incidência do imposto, que poderá ser quando da emissão (nascimento), da circulação, ou, ainda, do resgate (extinção). Convém ressaltar, a fim de que não pairem dúvidas sobre o tema, que a expressão “instituições financeiras” não compõe o critério material do tributo. Como dissemos, com as alterações legislativas, tal requisito deixou de constar da hipótese de incidência da norma, integrando, tão somente, o seu critério pessoal.

Assim, além da União, na qualidade de sujeito ativo da obrigação, encontraremos no critério pessoal, os contribuintes do imposto, as pessoas físicas e as pessoas jurídicas que efetuarem operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários. A cobrança e o recolhimento do imposto são efetuados pelo responsável tributário: a pessoa jurídica que conceder o crédito; as instituições autorizadas a operar em câmbio; as seguradoras ou as instituições financeiras a quem estas encarregarem da cobrança do prêmio de seguro; as instituições autorizadas a operar na compra e venda de títulos ou valores mobiliários.

O imposto deverá ser criado no local em que é exercida a sua competência, logo nos limites do território da União. Poderá, ainda, ser criado a qualquer momento, respeitado o regime jurídico tributário vigente.

No que se refere à base de cálculo, é certo que esta deverá dimensionar o próprio fato em sua grandeza numérica. Assim, somente as operações de crédito, câmbio, seguro, relativas a títulos ou valores mobiliários é que poderão constituir a dimensão do fato gerador.

Passemos, então, à análise das características básicas que compõe a regra matriz de incidência tributária de cada uma das possíveis materializações do tributo previsto no artigo 153, V da Constituição Federal, com maior ênfase no Imposto sobre Operações de Crédito.

3.1.4 O Imposto sobre operações de crédito. Um breve panorama

3.1.4.1 Operações de crédito

Antes de adentrar no mérito do imposto, vejamos algumas considerações sobre a análise conotativa da expressão "operações de crédito".

A operação de crédito por excelência é aquela em que a prestação se faz, e a contraprestação se promete em dinheiro. Há a confiança como elemento intrínseco e indispensável daquele que fornece o crédito na solvência do devedor.[32]

Para que a operação de crédito reste configurada é necessário, portanto, que a troca de prestações não seja contemporânea, ou seja, é imprescindível que haja um lapso temporal entre estas, sendo uma prestação presente (termo inicial) e outra futura (termo final).

Utilizando-se dos conceitos e definições propostas por alguns doutrinadores, Hugo de Brito, com a sabedoria que lhe é inerente, asseverou que:

> Diz-se operação de crédito quando o operador se obriga a prestação futura, concernente ao objeto do negócio que se funda apenas na confiança que a solvabilidade do devedor inspira (Pedro Nunes). Ou, então, quando alguém efetua uma prestação presente contra a promessa de uma prestação futura (Luiz Souza Gomes). Está sempre presente no concito de operação de crédito a ideia de troca de bens presentes por bens futuros, daí por que se diz que o crédito tem dois elementos essenciais, a saber, a confiança e o tempo.[33]

---

[32] "Crédito", do latim *credere*, remete a ideia de confiança, segurança.

[33] MACHADO. Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p.592.

A operação de crédito não é apenas um negócio jurídico fundamental, mas envolve uma série de outros atos sem os quais não se realizaria. Por isso, adverte Aires F. Barreto[34], que para que não se incorra no erro de considerar sujeito ao IOF apenas e tão só o que negócio jurídico que reflete a prestação presente, é preciso que se agregue todos os outros negócios que o viabilizam. O objeto final da operação de crédito não pode ser alcançado sem as etapas que o viabilizam. São elas imprescindíveis para a concretização da operação. Assim, integram as operações de crédito tanto aquelas que constituem o seu objeto (operação fim), quanto aquelas que abrangem todos os meios que a viabilizam (atividades-meio).

Em razão das confusões no tocante à materialidade e à sujeição passiva do imposto, antes de adentrar na análise dos critérios da sua regra matriz, cumpre-nos fazer breves considerações a respeito das diversas operações de crédito existentes (o que não quer dizer que sejam todas sujeitas à incidência do imposto em testilha).

A operação de crédito não é atividade privativa das instituições financeiras. Alguns negócios jurídicos em que os bancos são figurantes, podem ser realizados por pessoas físicas ou jurídicas, que não são bancos. Em tais casos, porque não há qualificação subjetiva, o negócio jurídico não é bancário[35].

Considera-se operações de crédito aquelas realizadas entre (i) pessoa física e pessoa física; (ii) pessoa física e pessoa jurídica; (iii) pessoa jurídica e pessoa jurídica; (iv) pessoa física e entidade financeira; e (v) pessoa jurídica e entidade financeira. Nas hipóteses em que houver operação de crédito envolvendo apenas *pessoas não financeiras*, não estaremos diante de operação de cunho financeiro, muito embora se trate de operação de crédito.

O caráter financeiro da operação não advém do fato de ela ser "de crédito", mas sim em razão da circunstância da operação envolver uma entidade financeira. Por isso, falamos ser uma atecnia admitir que todas as operações de crédito são de cunho financeiro.[36] Somente possuem caráter financeiro, as operações que envolvem uma entidade financeira em um dos polos.

---

[34] BARRETO, Aires. F. **ISS, IOF e instituições financeiras**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 45.

[35] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1983.

[36] Ao contrário do quanto propugnamos, o Banco Central sustenta que as operações de crédito envolverão, sempre, uma Instituição Financeira: "Chama-se de operação de crédito o contrato realizado entre um consumidor (denominado tomador ou devedor) e uma instituição financeira (denominada credora), que coloca à disposição do tomador determinado montante de recursos financeiros, comprometendo-se o tomador a devolver esses recursos em um determinado prazo, acrescido de juros." (vide http://www.bcb.gov.br/Fis/decic/bolconfin/Boletim_Consumo_e_Finan%E7as4.pdf)

Para os fins da tributação, veremos melhor a seguir que não seria incorrer em equívoco admitir que o IOF incida sobre operações financeiras, uma vez se tratar de operações de crédito realizadas por instituições financeiras, mas a sua materialidade, efetivamente, se dá, sobre operações de crédito, ao passo que a sua sujeição passiva comporta que tais operações sejam realizadas tanto por instituições financias, quanto por entidades não financeiras (pessoas físicas e pessoas jurídicas). Fixamos tais premissas a fim de melhor compreender a materialidade do imposto, a sua sujeição passiva e, principalmente, estabelecer, como pressuposto, que a sua incidência não se dá somente em face das atividades bancárias, embora o presente estudo se proponha a analisar as operações desenvolvidas pelas instituições financeiras.

Sobre os negócios realizados pelos bancos, Orlando Gomes[37] já afirmava que, embora nem todos os contratos bancários sejam operações de crédito, *no exercício de sua atividade mercantil, chama-se de operações bancárias, se a função é creditícia*.

Dentre as várias operações de crédito de cunho financeiro, ou seja, que envolvem a participação de entidades financeiras, podemos mencionar os empréstimos, financiamentos, depósito, abertura de crédito, custódias, dentre outros. Trata-se, portanto, das chamadas atividades bancárias.

3.1.4.2 Instrumentos normativos e os critérios da regra-matriz

Em consonância com a outorga de competência constitucional e com os limites por esta fixados, passemos, então, à análise de alguns critérios da regra-matriz do imposto.

Com fundamento na Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, que reformou o Sistema Tributário Nacional para, dentre outros, incluir a competência da União para decretar o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores imobiliários, em 20 de outubro de 1966, foi editada a Lei nº 5.143, definindo os aspectos da hipótese de incidência do imposto sobre operações de crédito.

Nos termos do 1º, o tributo incidiria nas operações de crédito realizadas por instituições financeiras, cujo fato gerador se daria com a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado. Os artigos 4º e 5º da Lei 5.143/66 complementaram aduzindo que a sujeição passiva do imposto (contribuinte e responsável) ficaria adstrita às

[37] GOMES, Orlando. **Contratos.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 333.

instituições financeiras. Ao assim dispor, a Lei em referência acabou por delimitar o campo de incidência do tributo, que somente se daria sobre operações de crédito bancário, ou seja, aquelas operações envolvendo entidades financeiras (operações de cunho financeiro).

Nesse sentido, o artigo 3º da Lei em referência elegeu quais seriam as operações de crédito, de cunho financeiro, passíveis de tributação pelo imposto comento: (i) empréstimos sob qualquer modalidade, (ii) as aberturas de crédito, e (iii) os descontos de títulos. Incidiria sobre tais operações a alíquota de 0,3%.

O critério material do imposto sobre operações de crédito ficou definido, portanto, como sendo o ato de *realizar operações, com instituição financeira, de empréstimos sob qualquer modalidade, de aberturas de crédito, e de descontos de títulos.*

Com o advento do Código Tributário Nacional que, frise-se, foi recepcionado com o status de Lei Complementar, alguns critérios da regra matriz do tributo foram aclarados, notadamente em razão da necessidade de se evitar a bitributação das chamadas *operações complexadas.* Sobre o tema, Quiroga assevera que:

> não obstante, cabe alertar que, com tais disposições, o CTN nada criou em termos de regra-matriz de incidência tributária do IO/Crédito, IO/Câmbio, IO/Seguro e IO/Títulos. Tal tarefa é de exclusiva responsabilidade do legislador ordinário. O CTN, em meio às suas disposições, trouxe norma cujo fim é evitar a bitributação econômica de operações complexas nas quais existem operações de crédito e operações relativas a títulos ou valores mobiliários.[38]

A proposta do Código Tributário Nacional, no sentido de dar efetividade à missão que lhe foi outorgada pelo artigo 146, I da Lei Maior, se mostra evidente no tocante às operações de crédito e aquelas que envolvem títulos ou valores mobiliários. Por se tratar de *operações complexas*, cuja diferenciação nem sempre é facilmente identificada, o CTN cuidou de dirimir os possíveis conflitos de competência inerentes à incidência destes impostos, demarcando o campo de atuação de cada um deles.

O parágrafo único do artigo 63 do CTN dispôs que a incidência do imposto sobre operações de crédito exclui a incidência do imposto sobre operações relativas a valores e títulos mobiliários, e, reciprocamente, quanto à emissão, pagamento ou resgate do título representativo de uma mesma operação de crédito. Evitou-se, com isso, a superposição de

---

[38] MOSQUEIRA. Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 115.

tributos, a dupla incidência, para alguns doutrinadores tida como legalmente admitida, com o que, *data venia*, não concordamos.

Reconhecendo-se a necessidade de se estabelecer os limites de atuação de cada materialidade, o Código Tributário Nacional vedou a possibilidade de incidência, sobre a mesma operação, do imposto sobre operações de crédito e do imposto sobre operações relativas a títulos e valores e mobiliários, ou seja, criou mecanismos a impedir que uma única operação fosse alvo de cobrança dúplice. Por força do quanto dispõe o artigo 63, caso coexista no ordenamento jurídico a previsão de incidência do IO/Crédito e do IO/Título sobre a mesma operação, em incidência concomitante, caberia ao contribuinte "optar pela tributação que melhor lhe convier".[39]

O Decreto-lei nº 1.783/80 sobreveio a regulamentar a Lei 5.143/66 e, no que tange ao aspecto material do imposto, o seu artigo 1º incumbiu-se de prescrever os negócios jurídicos qualificados como (i) empréstimos, (ii) abertura de crédito e (iii) descontos de títulos.

Com a edição da Lei 8.033 de 12 de abril de 1990, que alterou a legislação do imposto sobre operações financeiras e instituiu incidências de caráter transitório, objetivou-se a expansão das hipóteses de incidência, dentre outros, do imposto sobre operações de crédito, para o fim o de abarcar os *saques efetuados em cadernetas de poupança*. Em razão da patente incompatibilidade da atividade com o conceito de "operação de crédito" ou, ainda, com as demais materialidades do IOF, todos constitucionalmente previstos, o tema foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 232.467-5/SP[40], oportunidade em que foi declarada a inconstitucionalidade do inciso V do artigo 1º da Lei nº 8.033/90. O Senado Federal, por sua vez, baixou a Resolução RSF 28/2007, suspendendo a execução do referido dispositivo legal. A fim de que não restassem dúvidas sobre o tema, a Corte Suprema editou a Súmula 664, dispondo ser *inconstitucional o inciso*

---

[39] MOSQUEIRA. Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais.** São Paulo: Dialética, 1999, p. 115.

[40] EMENTA: TRIBUTÁRIO. IOF SOBRE SAQUES EM CONTA DE POUPANÇA. LEI Nº 8.033, DE 12.04.90, ART. 1º, INCISO V. INCOMPATIBILIDADE COM O ART. 153, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O saque em conta de poupança, por não conter promessa de prestação futura e, ainda, porque não se reveste de propriedade circulatória, tampouco configurando título destinado a assegurar a disponibilidade de valores mobiliários, não pode ser tido por compreendido no conceito de operação de crédito ou de operação relativa a títulos ou valores mobiliários, não se prestando, por isso, para ser definido como hipótese de incidência do IOF, previsto no art. 153, V, da Carta Magna. Recurso conhecido e improvido; com declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal sob enfoque. (RE 232467, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00028 EMENT VOL-01990-02 PP-00444)

V do art. 1º da Lei 8.033/90, que instituiu a incidência do imposto nas operações de crédito, câmbio e seguros - IOF sobre saques efetuados em caderneta de poupança.

Outro instrumento legislativo de destaque foi a Lei nº 8.894, de 21 de junho 1994. De nossa perspectiva, a referida Lei não revogou os instrumentos normativos anteriores, para o fim de incluir outras operações de crédito passíveis de tributação de imposto de operações crédito. A despeito da utilização da expressão "contribuintes são os tomadores de crédito", à época, não se vislumbrava a expansão do conceito de "operações de crédito" para o fim de atingir operações fora do mercado financeiro, o que apenas ocorreu com a Lei 9.779/99, conforme veremos a seguir. Segundo Quiroga, "as aludidas normas apenas alteram a base de cálculo, alíquota e contribuintes, em nada mudando o critério material do imposto".[41]

Mesmo com o advento dos diversos instrumentos normativos posteriores dispondo sobre a matéria, Decreto-Lei 1.783/80, Lei nº 8.894/94, Decreto 4.494/02, dentre outros, o campo de incidência do tributo permaneceu inalterado, restringindo-se aos negócios jurídicos qualificados como empréstimos sob qualquer modalidade, abertura de crédito e desconto de títulos, cumprindo relembrar que o cedente do crédito seria sempre uma instituição financeira.

Com a edição da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, o cenário jurídico sofreu significativa alteração. O campo de incidência do tributo foi alargado para fazer incluir as operações *factoring,* ou seja, a *cessão de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo,* realizadas por pessoas jurídicas ou físicas e pessoas jurídicas que tenham por atividade a prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo ou de prestação de serviços (art. 58 da Lei 9.532/987). A despeito das severas críticas[42], a incidência do imposto sobre as operações de

---

[41] MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os Impostos sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários. Conceitos fundamentais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga. (Orgs.). **Tributação internacional e dos mercados financeiro e de capitais**. Curso de Especialização da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas-FGV-EDESP. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.p. 140.

[42] Para Ives Granda, o art. 58 da Lei 9.532/97, foi editado em frontal desrespeito aos artigos 109 e 110 do CTN e nítida subversão da hierarquia das leis. *In verbis:* "O *factoring* é um instituto de direito mercantil, mediante o qual, sem utilização da poupança popular, o faturamento de uma empresa é adquirido pelos empresários dessa modalidade de negócio, que passam a ser titulares dos direitos creditórios afastado o direito de regresso. [...] Sendo um instituto de direito mercantil, portanto, não está constitucionalmente sujeito ao IOF, que, pelo art. 153, inciso V, da Constituição Federal só poderá incidir operações vinculadas ao regime jurídico esposado no art. 192 da lei suprema. Em outras palavras, o IOF não pode incidir sobre as operações de *factoring*, pois, sendo um instrumento de direito mercantil e não de direito bancário, seu perfil não deve ser alterado pela lei tributária por força dos arts. 109 e 110 do CTN". (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Factoring* e IOF. **Repertório IOB de Jurisprudência**, 1998, v. 1/12168)

factoring foi reconhecida como constitucional pela Corte Suprema, por meio Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.763-8/DF, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.[43]

Com a promulgação da Lei 9.779, de 19 de janeiro de 1999, novas discussões foram travadas no tocante à possiblidade de incidência do tributo sobre operações de crédito não eminentemente financeiras, realizadas por pessoas não financeiras. Cumpre-nos, então, investigar se o referido instrumento normativo se coaduna com texto constitucional então vigente, ou se já nasceu eivado de inconstitucionalidade.

Ao analisar a Lei nº 9.779/99 sob uma interpretação sistemática da Carta Constituinte de 1988, muitos doutrinadores defendem a sua inconstitucionalidade. Vejamos algumas razões para tal assertiva.

Tomando-se o IOF como um conjunto de impostos, cujas regras-matrizes preveem diversas materialidades (operações de crédito, câmbio, seguro, título e valores mobiliários), todas com caráter eminentemente extrafiscal, admitimos que o tributo será utilizado, precipuamente, como instrumento de ajustes na política monetária. Por força dessa aplicação do IOF, alguns doutrinadores defendem que somente as entidades ligadas à execução da política monetária poderiam ser sujeito passivo da exação, conforme aponta Rosana Oleinik:

> Para o exercício de tais atividades (operações de crédito, câmbio, seguro, título e valores mobiliários) são necessárias autorizações por parte dos órgãos fiscalizadores, parecendo-nos lícita e produto de uma exegese sistemática, a conclusão de que a "operação de crédito" de que trata a Constituição Federal é aquela realizada por entidades financeiras.
> [...]
> Se a Carta Magna nos traz um conceito de "operações de crédito" que pode ser alcançado em interpretação sistemática, se o Código Tributário Nacional detalha a extrafiscalidade prevista na Lei Maior, como aquela atinente à política monetária, não há como coadunar, compatibilizar a incidência do IOF crédito sobre concessão de empréstimo que não seja feita por entidade financeira.[44]

---

[43] EMENTA: IOF: incidência sobre operações de factoring (L. 9.532/97, art. 58): aparente constitucionalidade que desautoriza a medida cautelar. O âmbito constitucional de incidência possível do IOF sobre operações de crédito não se restringe às praticadas por instituições financeiras, de tal modo que, à primeira vista, a lei questionada poderia estendê-la às operações de factoring, quando impliquem financiamento (factoring com direito de regresso ou com adiantamento do valor do crédito vincendo - conventional factoring); quando, ao contrário, não contenha operação de crédito, o factoring, de qualquer modo, parece substantivar negócio relativo a títulos e valores mobiliários, igualmente susceptível de ser submetido por lei à incidência tributária questionada. (ADI 1763 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1998, DJ 26-09-2003 PP-00005 EMENT VOL-02125-01 PP-00095 RTJ VOL-00191-01 PP-00070).

[44] OLEINIK, Rosana. Questões atuais relativas ao imposto sobre operações de crédito (IOF crédito) e a segurança jurídica. **IBET Brasil**. Disponível em <http://ibetbrasil.com.br/noticias/attachments/10164_Rosana.pdf> Acesso em 09 jan. 2017.

Por outro viés, sustenta-se a inconstitucionalidade da Lei nº 9.779/99, na medida em que o legislador ordinário, ao tratar das operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoas jurídica e física, todas não financeiras, sujeitando-se à incidência do imposto sobre operações de crédito, acabou por criar uma nova hipótese de incidência tributária, em total desrespeito ao artigo 154, I da Constituição Federal de 1988 (competência residual). Nesse sentido, são as considerações de Schoueri:

> Transformando o IOF num imposto unicamente fiscal, a Lei nº 9779/99 criou novo imposto, cuja semelhança com o IOF, delineado no artigo 153, V, da Constituição Federal, restringe-se à identidade nominal. À vista do exposto, a Lei n. 9779/99 criou, em verdade, novo IOF, com fins estritamente arrecadatórios, incompatível com o perfil de instrumento de intervenção dentro do mercado financeiro traçado pela Constituição Federal de 1988, cuja aplicação implicaria a ruptura do sistema, e o desequilíbrio do 'mõbile'.[45]

Nos filiamos à corrente doutrinária que defende a constitucionalidade da Lei nº 9779/99, com respaldo, inclusive, na jurisprudência dominante. Ao nosso ver, ao elencar os contornos da regra-matriz do IOF, não identificamos no artigo 153, V da Constituição Federal de 1988, nem em qualquer outro dispositivo da Carta Magna, qualquer alusão à incidência do tributo, exclusivamente, sobre as operações de crédito de cunho estritamente financeiro, realizadas por entidades financeiras.

Ao estabelecer no artigo 153, inciso V, as materialidades do IOF, o texto constitucional não limitou a incidência do imposto sobre operações de crédito àquelas realizadas no âmbito dos mercados financeiros e de capital. Conforme expusemos em passagens anteriores, dentre os contornos constitucionais do tributo, na base nuclear de sua hipótese, encontramos a alusão, tão somente, às "operações de crédito", o que não remete à ideia restrita de operações bancárias.

Corroborando com o exposto, numa análise do tema já sob a ótica do quanto decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.763-8/DF, Roque Carraza asseverou que:

> Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, prolatada na ADIn 1.763-8-DF (rel. Min. Sepúlveda Pertence), sinalizou no sentido de que o IO-crédito pode alcançar operações praticadas fora do mercado financeiro, não envolvendo, nesta medida, instituições financeiras

---

[45] SCHOUERI, Luis Eduardo; GUIMARÃES, Camila Cavalcanti Varella. IOF e as Operações de Mútuo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999, v. 3, p. 206-222.

> típicas. Embora o caso em julgamento girasse em torno de operações de factoring, o Pretório Excelso deixou claro seu entendimento no sentido de que o IO-crédito não se confina ao chamado mercado financeiro institucional. Desde que uma lei ordinária federal aumente seu campo de incidência (como ocorreu no caso em análise), nada impede venha incidir sobre 'operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (...) segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimo praticadas pelas instituições financeiras' (art. 13, 'caput', da Lei n. 9779/99).[46]

Reconhecemos o caráter extrafiscal do IOF e suas materialidades. Entretanto, tal característica não é suficiente a restringir, em termos constitucionais, o campo de abrangência do tributo, conforme propugnado por alguns doutrinadores.

O artigo 13 da Lei nº 9779/99, ao dispor que o imposto sobre operações de crédito incide sobre os contratos de mútuo firmados entre pessoas jurídicas e entre essas e pessoas físicas, não desbordou a regra-matriz do tributo prevista constitucionalmente. Ao nosso ver, as inovações trazidas pelo referido instrumento normativo não estão maculadas do vício de inconstitucionalidade. Ao revés, encontra fundamento de validade, ainda, na previsão constante no artigo 66 do Código Tributário Nacional, que outorga ao legislador ordinário a definição do contribuinte do imposto.

A jurisprudência dos Tribunais pátrios tem caminhado no mesmo sentido, sustentando inexistir inconstitucionalidade ou ilegalidade na Lei 9.779/98.[47] O tema já foi

---

[46]CARRAZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 96.

[47] A título de exemplo citamos o Recurso Especial nº 1.222.550, de Relatoria do Ministro Mauro Campbel Marques e o Recurso Especial nº 522.294, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, bem como o AMS nº 00141123120044036105, do TRF da 3ª Região, de Relatoria do Desembargador Mairan Maia.
PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IOF. MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. ART. 13, DA LEI N. 9.779/99.
1. A compreensão de que o IOF pode incidir também sobre operações de crédito que não tenham sido praticadas exclusivamente por instituições financeiras parte de uma interpretação do texto constitucional (art. 153, V da CF/88) que leva inclusive em consideração o decidido pelo STF na ADI-MC 1.763/DF, rel. Min.
Sepúlveda Pertence, DJ 26.09.2003. Sendo assim, não há como conhecer do recurso especial quanto ao tema. Seguem precedentes nesse sentido por ambas as Turmas de Direito Público desta Casa: AgRg no REsp 1247145 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.06.2011; AgRg no Ag 457209 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 06.03.2003.
2. Recurso especial não conhecido. (REsp 1222550/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 08/06/2012)
CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - IOF - ART. 13 DA LEI Nº 9.779/99. OPERAÇÕES DE MÚTUO PRATICADAS COM PESSOAS JURÍDICAS NÃO-FINANCEIRAS. POSSIBILIDADE.
1. O Imposto sobre Operações Financeiras - IOF, imposto de competência da União Federal está disciplinado nos artigos 153, inciso V, da Constituição Federal, e infraconstitucionamente, no art. 63 do Código Tributário Nacional.

levado à análise da E. Suprema Corte, restando reconhecida a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 590.186, de Relatoria do Ministro Menezes de Direito, aguardando-se julgamento final pelo Pleno.[48]

Feita toda a digressão legislativa no tocante aos principais instrumentos normativos que visam instituir e regulamentar o imposto sobre operações de crédito, expandindo, alterando, restringindo ou modificando a sua hipótese de incidência, chegamos, nos dias atuais, à configuração dos critérios materiais da regra-matriz de incidência.

Diante das materialidades em direito admitidas, propomos que o critério material do imposto seja definido como o ato de realizar operações, (a) com instituição financeira, (a.i) de empréstimos sob qualquer modalidade, (a.ii) de aberturas de crédito e (a.iii) de descontos de títulos, bem como realizar operações, (b) entre pessoas jurídicas ou pessoas jurídicas e físicas (b.i) de mútuo de recursos financeiros e (b.ii) de *factoring*.

O critério temporal do imposto está intimamente ligado ao seu critério material, nos termos do artigo 63 do Código Tributário Nacional, como dito em outras passagens acima. Em se tratando de operações de crédito, reputa-se ocorrido o fato gerador do tributo no momento da *entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado* (art. 1º, inciso I da Lei 5.143/66 e art. 3º e incisos, do Decreto 4.494/02). No caso das operações de *factoring*, não há previsão legal quanto ao critério temporal, o que para alguns doutrinadores seria uma ofensa ao princípio da legalidade.

O critério espacial, por sua vez, é todo o território brasileiro, na medida em que tal imposto possui a feição de nacional. Nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º do Decreto

---

2. As operações de mútuo se enquadram, com perfeição, na descrição do inc. I acima reproduzido. Podem, assim, ser tributadas pelo IOF.
3. De acordo com o CTN, não há restrições à tributação pelo IOF das operações de mútuo praticadas com pessoas jurídicas não-financeiras. A identificação do sujeito passivo da obrigação é objeto do art. 66 do CTN, que remete ao legislador ordinário a competência para disciplinar a questão.
4. O art. 13 da Lei nº 9.779/99 alterou a tributação para permitir a incidência do IOF em relação a operações financeiras entre pessoas jurídicas ou entre estas e pessoas físicas, sendo constitucional e legal a sua cobrança.
5. A Lei nº 9.779/99 não criou imposto novo, somente permitiu a tributação de transações efetuadas por pessoas jurídicas não pertencentes ao sistema financeiro." (AMS n. 00141123120044036105, TRF 3ª Região, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, DJ-e de 01.03.2012).

[48] EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA NAS OPERAÇÕES DE MÚTUO PRATICADAS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS OU ENTRE PESSOAS JURÍDICAS E PESSOAS FÍSICAS SEGUNDO AS MESMAS REGRAS APLICÁVEIS ÀS OPERAÇÕES PRATICADAS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 13 DA LEI Nº 9.779/99. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 590186 RG, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, julgado em 28/08/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-13 PP-02799).

4.494/02, o imposto sobre operações de crédito não incidirá sobre operações de crédito externo, ratificando o âmbito de validade da Lei 5.143/66.

Quanto ao critério pessoal da regra-matriz, o sujeito ativo será sempre a União Federal, ficando a sujeição passiva do imposto a *qualquer das partes na operação tributada, conforme dispuser a lei ordinária* (artigo 66 do Código Tributário Nacional).

Nesse sentido, nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.894/94, sujeito passivo do imposto sobre operações de crédito será o tomador de crédito. Em se tratando de operações que envolvam entidades financeiras em um dos polos, de acordo com o artigo 3º, inciso I, do Decreto-lei nº 1.783/80, as instituições financeiras são as responsáveis tributárias, as quais possuem o dever jurídico de promover a retenção do imposto.

Por outros torneios, em se tratando de operações que envolvam entidades não financeiras, o artigo 13, parágrafo 2º da Lei nº 9.779/98 é expresso ao dispor que a pessoa jurídica concessora do crédito será a responsável pela cobrança e recolhimento do imposto. Por força disso, poder-se-ia argumentar no sentido de que quando se tratasse de crédito concedido por pessoa física, não haveria tributação pelo IOF, já que o responsável tributário não restou determinado. Sobre esse aspecto, Quiroga adverte que "tal entendimento não merece prosperar, pois a norma em comento não estipulou que haveria incidência de IO/Crédito apenas quando o mutuante fosse pessoa jurídica. Portanto, quando o mutuante for pessoa física, esta será a responsável pelo recolhimento do tributo".[49]

No caso das operações de cessão de crédito, acrescente-se que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 58 da Lei 9.532/97, a empresa de *factoring* adquirente do direito creditório será responsável pela cobrança e pelo recolhimento do tributo, o contribuinte, por sua vez, será cedente dos direitos creditórios originados pela venda a prazo.

Por fim, no que se refere ao critério quantitativo, formado pelos elementos base de cálculo e alíquota, teremos como base de cálculo o valor da operação de crédito, assim considerado o principal que constitua o objeto da obrigação, ou o valor colocado à disposição do interessado, acrescido dos juros (arts. 1º e 2º da Lei 8.894/94). Incidirá sobre esta, a alíquota estipulada pela lei, cujo percentual máximo a ser alcançado será de 1,5% ao dia, podendo o Poder Executivo reduzi-la a zero. Mais uma vez, no que tange às operações de *factoring*, a Lei foi omissa quanto a sua base de cálculo, dispondo, contudo, que se

---

[49] MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os Impostos sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários. Conceitos fundamentais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga. (Orgs.). **Tributação internacional e dos mercados financeiro e de capitais**. Curso de Especialização da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas-FGV-EDESP. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 154.

aplicariam às operações de cessão de crédito *as mesmas alíquotas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.*

3.1.4.3 Alguns conceitos básicos

Conceituamos, em passagens anteriores, *operações de crédito* como sendo a operação mediante a qual alguém efetua uma prestação contra a promessa de uma prestação em dinheiro futura. Tivemos a oportunidade, ainda, de propor, a título de definição do critério material do imposto, o ato de realizar operações, (a) com instituição financeira, (a.i) de empréstimos sob qualquer modalidade, (a.ii) de aberturas de crédito e (a.iii) de descontos de títulos, bem como realizar operações, (b) entre pessoas jurídicas ou pessoas jurídicas e físicas (b.i) de mútuo de recursos financeiros e (b.ii) de *factoring*. Vejamos, agora, em breves passagens, alguns conceitos básicos ou notas interessantes, sobre os elementos que integram a regra-matriz.

3.1.4.3.1 Instituição Financeira

O conceito de instituição financeira foi estipulado pela Lei 4.595/64, mais precisamente pelo seu artigo 17, que considerou *instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.* O parágrafo único do artigo em comento equiparou, às instituições financeiras, as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas, de forma permanente ou eventual. O seu funcionamento depende de prévia autorização do Banco Central ou de Decreto do Poder Executivo, no caso de instituições financeiras estrangeiras.

De acordo com a referida Lei nº 4.591/64 são consideradas instituições financeiras do sistema operativo ou de intermediação: (i) Captadoras de depósitos à vista: Bancos comerciais; Bancos múltiplos com carteira comercial; Caixa Econômica Federal; Caixas econômicas estaduais; Cooperativas de crédito; (ii) Não captadoras de depósitos à vista: Bancos múltiplos sem carteira comercial; Bancos de investimento e de desenvolvimento; Sociedades de crédito, financiamento e investimento (as “financeiras”); Sociedades de crédito imobiliário; Companhias hipotecárias; Associações de poupança e empréstimo;

Sociedades corretoras ou distribuidoras de títulos e valores mobiliários; Sociedades de arrendamento mercantil (leasing); Sociedades corretoras de câmbio; e Bolsa de valores.

Convém repisar que a presença da instituição financeira não é algo inerente ao critério material do imposto. As operações de crédito passiveis de incidência do Imposto sobre Operações de Crédito poderão ser realizadas tanto por instituições financeiras, quanto por entidades não financeiras (pessoas físicas ou jurídicas).

Assim, as instituições financeiras poderão ocupar, em verdade, o critério pessoal da regra-matriz, na qualidade de responsável tributário (recolhimento do tributo)[50].

3.1.4.3.2 Empréstimos sob qualquer modalidade

O empréstimo é gênero do qual o comodato e o mútuo são espécies. Para o fim que nos interessa, incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, apenas as operações de mútuo hão de ser analisadas. Embora a Lei 5.135/66 faça menção a *empréstimos sob qualquer modalidade*, entendemos que, em razão de suas características[51], o comodato não se encaixa no conceito de "operações de crédito" para fins de incidência do imposto em testilha.

Nos termos do artigo 586 do Código Civil de 2002, o mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis em que o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Conforme aponta Raquel Novaes, "ao se referir a empréstimos de qualquer modalidade, a norma fiscal pretende abranger o mútuo sob qualquer forma jurídica que possua".[52]

Nos termos das normas e disposições do Banco Central, entende-se por empréstimo o contrato entre o cliente e a instituição financeira, pelo qual o cliente recebe uma quantia que deverá ser devolvida ao banco em prazo determinado, acrescida dos juros acertados. Os

---

[50] Vide comentários sobre sujeição passiva no tópico 3.1.4.2.

[51] Por se tratar de empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, o comodato não constitui "operações de crédito" para fins de incidência do IOF (art. 579 do CC/02). Sobre as características dos institutos, são as lições de Orlando Gomes: "O comodato é contrato essencialmente gratuito. Pela cessão de uso da coisa, não pode o comodante receber qualquer retribuição. Se a estipular, terá desconfigurado o contrato, convertendo-o em locação. [...] Ao contrário do comodato, a gratuidade não é da essência do mútuo, mas, sim, de sua natureza. Em direito civil, só não é gratuito se for expressamente estipulado o contrário. Tal estipulação se permite. Toma então o nome de dinheiro [...] o contrato é, de natureza, gratuito, mas permito fixar, por cláusula expressa, juros. Passa a ser, então, contrato oneroso". (GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 318-319)

[52] NOVAES, Raquel Cristina Ribeiro. **Análise das normas de incidência dos impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários**. Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Tributário à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, PUC, 1992.

recursos obtidos no empréstimo não têm destinação específica, ou seja, não é estipulada uma finalidade determinada para os recursos, como ocorre, por exemplo, nos empréstimos pessoais (crédito direto ao consumidor – CDC, empréstimo consignado, cheque especial etc.).[53]

Tratando-se de empréstimos bancários, verificamos a presença de três possíveis modalidades: empréstimo de dinheiro, em que a instituição financeira concede certa quantia e o mutuário compromete-se a devolve-la, acrescida de juros; (ii) empréstimo de títulos, em que a instituição empresas títulos que geralmente serão usados como garantia em certa operação e, posteriormente, restituídos com remuneração; e (iii) empréstimo de firma, em que a instituição financeira concede garantia fidejussória, consistente em aval, fiança ou carta de garantia, mediante remuneração.

3.1.4.3.3 Mútuo de recursos financeiros

O *mútuo*, para fins do disposto no artigo 13 da Lei 9.779/1999, é a espécie que tem como gênero o empréstimo realizado entre pessoas jurídicas e físicas, não financeiras. Ao tratar de *recursos financeiros*, o legislador ordinário restringiu a incidência do imposto às operações de mútuo de dinheiro, não englobando ativos como ouro, títulos públicos, ações, dentre outros.

Por defender a inconstitucionalidade da Lei 9.779/99, alguns doutrinadores, a exemplo de Sacha Calmon, sustentam que somente a operação de empréstimo realizada por entidades financeiras estaria abrangida pela incidência da norma prescritora do imposto sobre operações de crédito: “A Lei 9.779, de 19 de janeiro de 1999 em seu art. 13, determinou que nas operações de crédito de mútuos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física deve incidir o IOF, nos exatos termos das normas aplicáveis aos financiamentos e empréstimos praticados pelas instituições financeiras, alargando o campo de incidência deste tributo, indevidamente, salvo melhor juízo.”[54]

3.1.4.3.4 Financiamento

---

[53] EMPRÉSTIMOS e financiamentos. Banco Central do Brasil. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/servicos9.asp#1> Acesso em 09 jan. 2017.

[54] COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 468.

O financiamento é uma espécie de contrato bancário pelo qual instituição financeira (financiador) adianta a terceiro (financiado), recursos necessários para um fim especifico e previamente acordado entre as partes. Via de regra, essa operação bancária se difere do empréstimo exatamente em razão destinação especifica para aplicação dos recursos disponibilizados. São exemplos de operações de financiamentos, os financiamentos para aquisição de bens de consumo duráveis (veículos, equipamentos), os financiamentos imobiliários, os financiamentos rurais, dentre outros.

Embora estejamos diante de conceitos distintos, o legislador ordinário equiparou, para fins de incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, as operações de empréstimos às operações de financiamento.

A partir de uma análise literal dos dispositivos de lei que tratam da materialidade do imposto, há quem defenda que, no que concerne às atividades praticadas por entidades financeiras, o Imposto sobre Operações de Crédito incide, tão somente, sobre empréstimos, abertura de crédito e desconto de títulos, não abarcando as operações de financiamento.

A Constituição Federal tratou de conceituar operações de crédito, cabendo ao legislador ordinário definir os demais aspectos da incidência do imposto. E nesse sentido, muito embora a remissão às operações de financiamento não conste expressamente nos artigos que tratam da materialidade do imposto, é inconteste que toda a legislação que gira em torno do tributo, em seus diversos artigos, trata do financiamento como hipótese de incidência do Imposto sobre Operações de Crédito[55].

Não estaríamos, assim, diante de qualquer inconstitucionalidade, na mediante em que o imposto em testilha incide sobre operações de crédito e o financiamento nada mais é que uma modalidade de operação de crédito exercida por instituições financeira. Em verdade, poderíamos até dizer se tratar de modalidade de empréstimos cuja característica peculiar reside no fato de possuir destinação para um fim específico.

---

[55] Vide RIOF (Decreto 306/2007), podendo-se citar algumas menções:

Art. 3º O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado

V - na data em que se verificar excesso de limite, assim entendido o saldo a descoberto ocorrido em operação de empréstimo ou <u>financiamento</u>, inclusive sob a forma de abertura de crédito;

Art. 7o A base de cálculo e respectiva alíquota reduzida do IOF são:

IV - nos empréstimos, <u>inclusive sob a forma de financiamento</u>, sujeitos à liberação de recursos em parcelas, ainda que o pagamento seja parcelado, a base de cálculo é o valor do principal de cada liberação:

VII - nas operações de financiamento para aquisição de imóveis não residenciais, em que o mutuário seja pessoa física: 0,0082% ao dia.

No sentido da incidência do Imposto Sobre Operações de Crédito sobre as operações de financiamento tem se posicionado a jurisprudência[56].

3.1.4.3.5 Abertura de crédito

No que tange às operações de abertura de crédito, identificamos que a instituição financeira (creditador), por meio de contrato, obriga-se a colocar à disposição do cliente, ou de terceiro (creditado), determinada importância, sob cláusulas convencionadas. Findo o contrato, o montante posto à disposição deverá ser restituído pelo creditado ao creditador, acrescido de juros e comissões. Para Maria Helena Diniz, nesses casos, "não há prévia entrega de dinheiro, pois o banco não transfere a quantia que empresta, mas somente a põe à disposição do cliente ou de terceiro, que, como não a retira imediatamente, a mantém no banco, a título de depósito, utilizando-a como lhe convém".[57]

Sobre o tema, manifestou-se Arnaldo Rizzardo, com didática que lhe é própria:

> A abertura de crédito é um dos contratos mais generalizados na atividade bancária. Constitui esta figura a promessa do banco em conceder um determinado empréstimo, colocando à disposição na conta do interessado no momento em que precisar. No sentido técnico, envolve a obrigação do banqueiro em manter à disposição do creditado certa soma de dinheiro, por um período de tempo fixado ou indeterminado, com a faculdade de o próprio creditado utilizar tal quantia segundo as necessidades e modalidades convencionadas ou de uso. Contrata-se a abertura de crédito. Em outras palavras, combina o comerciante, ou mesmo o particular, ou o industrial, com o banco que este se compromete, sob determinadas circunstâncias e condições, a outorgar-lhe um crédito, que será colocado à disposição segundo a quantidade, o prazo e modalidades que se pactuou. Assim, conceitua-se este tipo como o contrato pelo qual o banco ou creditante se obriga a colocar uma importância em dinheiro à disposição do creditado, ou a contrair por conta deste uma obrigação, para que ele mesmo faça uso do crédito concedido na forma, nos termos e condições em que foi convencionado, ficando obrigado o creditado a restituir ao creditante as somas que dispôs, ou a cobri-las, oportunamente, de acordo com o montante das obrigações contraídas, incluindo os rendimentos e outras decorrências.[58]

---

[56] Recurso Repetitivo REsp 1255573/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 24/10/2013.
[57] DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 423.
[58] RIZZARDO. Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. São Paulo: RT, 1997.

Embora seja controvertida a natureza jurídica da operação bancária realizada mediante contrato de abertura de crédito (simples contrato preliminar de outros contratos; contrato normativo, contrato misto, promessa de mútuo, dentre outros), a abertura de crédito é hoje um contrato bancário típico.

3.1.4.3.6 Descontos de títulos

Os descontos de títulos são verdadeiras modalidades de mútuo, que se traduzem pela antecipação, pela instituição financeira, de certa quantia ao credor, referente a determinado título de crédito de vencimento iminente. Na operação, o lucro da instituição financeira advém dos juros cobrados com base no espaço de tempo faltante para liquidação do título. Conforme explica Carvalho de Mendonça:

> O banco autoria ao credor a importância de um título de crédito de soma líquida e vencimento breve, recebendo-o em transferência e deduzindo do valor nominal os juros pelo espaço de tempo intercorrente desde a data da antecipação do vencimento. Ele paga em dinheiro a importância do crédito não vencido, mantida, está claro, a responsabilidade dos co-obrigados (sic), acrescida com a daquele credor (garantia normal da operação), e recebe o título pro solvendo, isto é, com efeito liberatório subordinado à condição do pagamento.[59]

Os descontos de títulos não se confundem com as compras de faturamento mediante cessão definitiva de crédito, as chamadas *factorings*, igualmente submetidas à incidência do imposto sobre operações de crédito.

3.1.4.3.7 Factoring (cessão de crédito)

Analisado à luz do direito privado, este instituto pode ser dividido em duas modalidades: *conventional factoring* e *maturity factoring*. Na primeira, os créditos negociados são pagos ao cedente no momento da cessão, ou seja, antes do vencimento da dívida, havendo o adiantamento dos valores pactuados. Na segunda modalidade, o pagamento ocorre quando do vencimento dos créditos negociados.

---

[59] MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, v. VI, 3ª parte, p. 168.

Conforme expusemos, apesar das críticas doutrinárias a respeito da (im)possibilidade de incidência do Imposto sobre Operações de Crédito em quaisquer modalidades de *factoring*, o Supremo Tribunal Federal já decidiu ser constitucional a exigência (ADIn 1.763/8/DF).[60]

3.1.5 O Imposto sobre Operações de Câmbio. Breves considerações

Em razão da previsão constitucional constante no artigo 153, parágrafo 5º, dentre as bases de incidência do Imposto sobre Operações de Câmbio, inclui-se as operações com o ouro, enquanto instrumento cambial. Do confronto do artigo 155 com o artigo 153 da Carta Magna, percebe-se que o critério da destinação pautou a opção feita pelo constituinte na outorga de competência da tributação sobre as operações com o ouro.

O ouro enquanto mercadoria, metal precioso destinado ao comércio, sofrerá a incidência do ICMS, nos termos do artigo 155, inciso II, parágrafo 2º, inciso X, alínea 'c'. Por sua vez, o ouro, na qualidade de ativo financeiro, sofrerá a incidência do imposto sobre operações relativas a valores mobiliários, enquanto, na função de instrumento cambial, terá a incidência do imposto sobre operações de câmbio, ambos nos termos do artigo 153, parágrafo 5º da CF/88. A Constituição Federal fixou a alíquota mínima de 1% para incidência do ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial.[61]

---

[60] No sentido de ser possível a incidência sobre *o conventional factoring*: "Pelo tratamento tributário dado a este contrato misto, especialmemte com base no art. 58 da Lei 9.532/97, verifica que somente os casos de *conventional factoring* geram incidência de IOF. O *e matusity factoring* encontra-se excluído da incidência de IOF, pois o referido disposto legal apenas menciona os casos direitos creditórios resultantes da venda a prazo como fato impositivo do imposto federal" (MÉLEGA, Luis Henrique Cavalcanti. RDDT nº 35, agosto/1998).
Em sentido contrário à incidência: "Resta claro que no *conventional factoring* não será possível a incidência do IO/Crédito, haja vista a inexistência de prestação presente face à contraprestação futura, o que não permite a sua caracterização como operação de crédito. [...] No que tange às operações de cessão de crédito com direito de regresso do cessionário contra o cedente, não há dúvida serem estas verdadeiras operações de crédito e, portanto, sujeitas à incidência de IO/Crédito. Contudo entendemos equivocado o posicionamento do STF relativo ao *conventional factoring*, tendo em vista não ser possível a caracterização desta operação como operação de crédito. [...] Em conclusão, tão omente nos caos em que haja co-obrigacao do cedente perante o cessionário pela solvência dos crédito cedidos é que restará caracterizada uma operação de crédito. Nos casos de *conventional factoring e matusity factoring*, sem tal direito de regresso, não se terá operação de crédito, e sim compra e venda de títulos ou valores mobiliários, operação esta não passível de tributação pelo IO/Crédito" (MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os Impostos sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários. Conceitos fundamentais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga. (Orgs.). **Tributação internacional e dos mercados financeiro e de capitais**. Curso de Especialização da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas-FGV-EDESP. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 158-159).

[61] Seguindo a jurisprudência e a boa doutrina, nos parece ser a lei complementar o instrumento mais adequado para tratar de solução de conflito de competência (art. 146, I da CF/88), embora o parágrafo 5º

Considerar-se-á ocorrido o fato gerador do tributo com a entrega de moeda nacional ou estrangeira, de documento que a represente, ou de ouro, enquanto instrumento cambial, ou sua colocação à disposição do interessado, em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este. O conceito de moeda não fica restrito, portanto, ao dinheiro nem ao documento que o represente, incluindo-se, para tanto, o ouro.

O ato de realizar operações de câmbio será seu critério material, composto pelo verbo de predição indireta e o seu complemento. As operações de câmbio são entendidas como o negócio jurídico consistente na entrega de uma determinada moeda (incluindo-se o ouro) a alguém em troca do recebimento de certa quantia de outra moeda.

O critério espacial, tal como nos demais impostos, é todo o território brasileiro. No caso de ouro proveniente do exterior, no entanto, será o local do seu desembaraço aduaneiro.

O critério temporal, por seu turno, não encontra previsão expressa na Lei nº 8.894/94, o que vem a suscitar críticas no sentido da ofensa ao princípio da legalidade tributária.

Na tentativa de dirimir os supostos vícios, o Governo baixou o Decreto Presidencial 2.219/97, dispondo que ocorrerá *o fato gerador e torna-se devido o IOF no ato da liquidação da operação de câmbio.* No entanto, sabemos que não cabe ao Poder Executivo definir tal critério da regra-matriz dos tributos, cabendo, apenas, a prerrogativa de alterar as alíquotas nos limites da lei.

Não obstante, alvo melhor juízo, não comungamos da inconstitucionalidade defendida por alguns doutrinadores. Nos valemos dos ensinamentos de Jonathan Vita, em notório estudo sobre o tema, considerando que "a partir do enunciado que, claramente, traz o critério material, consegue-se formar uma proposição que veicula o critério temporal".[62]

Seria a previsão constante no art. 6º da Lei 8.894/94 responsável por denotar o critério temporal do tributo. Agrega-se, ainda, as remissões feitas pelo Código Tributário Nacional, em seu artigo 63, inciso II, do que se infere a opção do legislador quanto ao tempo em que se reputa ocorrido o fato, qual seja, o momento da efetivação da entrega da moeda ou do

---

do art. 153 da CF/88 não tenha sido expresso em estabelecer o mecanismo legal responsável por definir ouro-ativo financeiro e ouro-instrumento cambial.
Sobre o tema, vide Recurso Extraordinário 190363/RS.
EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IOF. OURO: TRANSMISSÃO DE OURO ATIVO FINANCEIRO. C.F., art. 153, § 5º. Lei 8.033, de 12.04.90, art. 1º, II. I. - O ouro, definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se, exclusivamente, ao IOF, devido na operação de origem: C.F., art. 153, § 5º. Inconstitucionalidade do inciso II do art. 1º da Lei 8.033/90. (RE 190363, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/1998, DJ 12-06-1998 PP-00066 EMENT VOL-01914-03 PP-00617 RTJ VOL-00166-02 PP-00624)
Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a cobrança do imposto em etapa posterior à operação de origem (lei 8033/90). Posteriormente, foram editadas as INs 59/98 e 129/98.

[62] VITA, Jonathan Barros. **Tributação do câmbio**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 233.

documento. No mais, é de se destacar que os contratos de câmbio se concluem pela liquidação, sendo este o último momento possível para identificação do fato jurídico tributário.[63]

Em se tratando do ouro, o critério temporal será o da primeira aquisição, com finalidade de se tornar reserva cambial. Em se tratando de outro proveniente do exterior, o critério temporal será o desembaraço aduaneiro.

No critério pessoal encontraremos a União, ocupando o polo ativo da relação jurídica tributária, e os contribuintes (compradores ou os vendedores de moeda estrangeira que realizam a operação de transferência financeira para ou proveniente do exterior, nos termos do artigo 6º da Lei n. 8.894/94), ocupando o polo passivo. Como responsáveis tributários, teremos as entidades financeiras autorizadas a operar em câmbio.

A base de cálculo do imposto será o valor da liquidação da operação cambial e a alíquota será aquela que a legislação assim determinar. Quanto ao ouro, no caso do nacional, será o valor da operação, no caso do estrangeiro, será o valor de mercado doméstico da data de desembaraço aduaneiro. A alíquota aplicável será de 1%.

3.1.6 O Imposto sobre Operações de Seguro. Breves considerações

Infere-se do artigo 757 do Código Civil de 2002 a definição do contrato de seguro como sendo aquele em que *o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.*

Com previsão legal na Lei nº 5.143/66 e no Decreto-lei nº 1.783/80, o imposto em comento incidirá sobre contratos de seguro, entendidos como negócios jurídicos bilaterais, onerosos e aleatórios, nos quais uma parte obriga-se com a outra, mediante o pagamento de um prêmio, a indenizar os prejuízos resultantes de riscos futuros (evento futuro e incerto), já determinados no momento de realização do referido negócio jurídico.

---

[63] Em sentido contrário, defende Quiroga que o imposto está maculado pelo vício da inconstitucionalidade, uma vez que a lei instituidora de um tributo deveria trazer em seu bojo, necessariamente, todos os elementos da regra-matriz de incidência tributária (MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os Impostos sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários. Conceitos fundamentais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga. (Orgs.). **Tributação internacional e dos mercados financeiro e de capitais**. Curso de Especialização da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas-FGV-EDESP. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 160).

O fato gerador do tributo reputar-se-á ocorrido com a emissão da apólice ou documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável.

O critério pessoal do imposto, composto pelo sujeito ativo e passivo, ficará a cargo da União e dos segurados, respectivamente. A instituição financeira, na qualidade de seguradora, atuará como responsável tributária, nos termos do Decreto-lei nº 1.783/80.

O critério espacial é todo o território brasileiro, na medida em que tal imposto possui a feição de nacional. O critério temporal, por sua vez, de acordo com o artigo 1º, inciso II, da Lei n. 5.143/66, é o recebimento do prêmio.

Por fim, no que tange ao critério quantitativo, a base de cálculo do imposto consiste no valor do prêmio pago e a alíquota será aquela que a legislação assim determinar (Decreto 4.494/02).

3.1.7 O Imposto sobre Operações relativas a Títulos Mobiliários e o Imposto sobre operações relativas a valores mobiliários. Breves considerações

Embora já tenhamos exposto que, em razão da diferença de conceitos existente entre *títulos* e *valores* mobiliários, entendemos se tratar de dois impostos distintos, com materialidades diversas, vejamos algumas sucintas passagens a respeito de ambos de forma conjunta, para fins didáticos.

O Imposto sobre Operações relativas a Títulos Mobiliários e o Imposto sobre Operações relativas a Valores Mobiliários têm sua regra-matriz de incidência instituída na Lei nº 8.894/94. Antes de analisar o critério material de cada um deles, cumpre tecer algumas considerações sobre o que se entende por títulos mobiliários e por valores mobiliários.

Em recente obra que analisa com afinco a tributação dos valores mobiliários, Samuel Gaudêncio[64] chama atenção para a dificuldade em se definir o conceito de valores mobiliários, manifestando, ainda, a preocupação nas interpretações equivocadas sob o ponto de vista da tributação de algumas operações do mercado financeiro e de capitais, e até do mercado de câmbio, tendo em vista que o intérprete facilmente poderá confundir a definição do conceito de valor mobiliário e, consequente, os efeitos tributários das operações que lhe são relativas.

Partindo-se do pressuposto que *títulos* e *valores* possuem significados dissonantes, entendemos por *títulos mobiliários* os títulos de crédito em geral, tradicionalmente

[64] GAUDÊNCIO, Samuel Carvalho. **Tributação dos valores mobiliários**. São Paulo: IOB SAGE, 2016.

admitidos, ou seja, os documentos representativos de obrigações pecuniárias. Haveria uma equivalência entre as expressões *títulos mobiliários* e *títulos de crédito.* Por outros torneios, *valores mobiliários* são direitos resultantes de investimentos, dotados de circulabilidade, portanto, passíveis de negociação, corporificados em documento físico ou registrados em escritura.

No que tange à incidência dos respectivos impostos, temos que o Imposto sobre Operações relativas a Títulos Mobiliários incidirá sobre documentos indispensáveis que representam e mencionam direitos e/ou obrigações pecuniárias. Já o Imposto sobre Operações relativas a Valores Mobiliários terá sua incidência sobre os negócios jurídicos relativos a investimentos oferecidos ao público, sobre os quais o investidor não possui controle direto, cuja aplicação é feita em dinheiro, bens ou serviço, na expectativa do lucro, sendo prescindível a emissão do título para a materialização da relação obrigacional. Inclui-se na aludida incidência o ouro, enquanto ativo financeiro, nos termos do parágrafo 5º do artigo 153, V da CF/88 e artigo 4º da Lei 7.766/89.

O critério espacial é todo o território brasileiro, na medida em que tal imposto possui a feição de nacional.

O critério temporal, tal qual ocorre em relação ao Imposto sobre Operações de Câmbio, não está disposto na Lei nº 8.894/94, valendo-se, para tanto, as mesmas considerações tecidas a respeito da pretendida inconstitucionalidade. Em se tratando do ouro, ativo financeiro, o critério temporal será o da primeira aquisição. Em se tratando de outro físico proveniente do exterior, o critério temporal será o desembaraço aduaneiro.

Como sujeito ativo na relação jurídica tributária tem-se a União Federal. Na qualidade de sujeito passivo, encontramos as seguintes pessoas: (i) os adquirentes de títulos e valores mobiliários e os titulares de aplicações financeiras; (ii) as instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (BACEN), isto quando a base de cálculo for inferior a 95% do valor inicial da operação.

Os responsáveis tributários, ou seja, aqueles que devem recolher e entregar aos cofres públicos o tributo, são as entidades financeiras autorizadas a operar na compra e venda de títulos e valores mobiliários. Quanto ao ouro, o sujeito passivo será a instituição financeira que efetuar a aquisição.

A base de cálculo dos impostos será o valor da operação, assim entendido o valor de aquisição, resgate, cessão ou repactuação e a alíquota será aquela que a legislação assim o determinar. Nas operações com o ouro, será o preço da aquisição, no caso de ouro

estrangeiro, será o valor de mercado doméstico da data de desembaraço aduaneiro. A alíquota aplicável será de 1%.

3.2 O imposto previsto no inciso III do artigo 156 da Constituição Federal

Estabelecidos os pressupostos constitucionais para repartição das competências tributárias impositivas, notadamente as características inerentes ao Sistema Tributário Nacional (rigidez, inflexibilidade, privatividade), ousamos repetir que se por um lado é restrita a competência de um ente político para instituir determinado imposto, por outro, é inequívoca a incompetência de quaisquer outros entes federados para legislar sobre as mesmas matérias.

É nesse contexto que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 156, inciso III, outorgou competência aos Municípios para instituir "*serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, inciso II, definidos em lei complementar*".[65] Excluiu, de plano, que a tributação Municipal pudesse recair sobre fatos econômicos já previstos na competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, quais sejam, "*serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*".[66] Assim a incidência do imposto se dará sobre todo e qualquer serviços, desde que não compreendidos os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e os serviços de comunicação, cuja incidência tributária será alcançada pelo ICMS.

Considerando que as competências tributárias são demarcadas de modo exaustivo, qualquer fato que não configure serviço não poderá ser tributado pelos Municípios. Em consequência dessa afirmação tem-se que, qualquer fato que desbordando o conceito de

---

[65] *Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:*
[...]
III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.
[...]
§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)
I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;
II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior.
III – regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

[66] *Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
[...]
II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

serviço previsto na constituição, for submetido à incidência do ISS, importará em exigência inconstitucional do imposto por invasão de competência.

Cumpre-nos, então, investigar o alcance da tributação, ou seja, o campo de incidência da norma tributária, partindo-se do conceito de serviço, tal como constitucionalmente pressuposto.

Necessária que tal investigação recaia, inicialmente, sobre os parâmetros constitucionais, muito embora se saiba que a Constituição Federal não cria hipóteses de incidência; limita-se a estabelecer as competências para que as pessoas políticas, mediante lei, as criem. A Constituição prescreve os traços fundamentais, desenha os arquétipos dos tributos, que serão futuramente descritos pelas leis instituidoras dos mesmos.

Não menos por isso afirma Aires F. Barreto não ser possível o estudo do ISS, assim como de nenhum outro tributo, sem contemplar o texto constitucional, no seu conjunto sistemático. Somente a partir "dessa visão conjugada e harmônica, entrelaçada e sistemática, poderá fluir o adequado arquétipo do imposto sobre serviço de qualquer natureza, de competência dos Municípios".[67]

3.2.1 Evolução do conceito

Antes de nos debruçar sobre o conceito de serviço, vejamos algumas notas históricas sobre o nascimento do imposto sob análise, o que nos permite identificar, com mais clareza, a evolução de seu conceito.

Dentre as principiais fontes de receita dos Municípios, a Constituição Federal de 1946 estabeleceu, em seu artigo 29, a competência municipal para a instituição e cobrança do Imposto sobre a Indústria de Profissões, incidente sobre a movimentação econômica (serviços, estabelecimentos comerciais e industriais). A incidência do referido imposto era cumulativa com o denominado Imposto de Transações, instituído com fundamento em competência residual permitida pela Constituição e cuja competência era atribuída aos Estados. O Imposto de Transações alcançava os negócios jurídicos não abrangidos pelo imposto estadual de Vendas e Consignações (IVC), logo a sua tributação recaia sobre serviços diversos.

---

[67] BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição e na lei**. São Paulo: Dialética, 2003, p 27.

Vigia no ordenamento jurídico da época, portanto, dois impostos, de diferentes entes tributantes, cuja incidência recaia sobre a mesma materialidade: “serviços”. Estados e Municípios tributando o mesmo fato econômico.

O problema da sobreposição de tributos economicamente idênticos, diferenciados, apenas, pelas roupagens dada pelo legislador, não passou despercebido. Esse, dentre outros problemas verificados no cenário econômico e jurídico, deu ensejo à instauração da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, que tinha como finalidade a propositura de uma reforma para o Sistema Tributário Nacional.

Nos termos do seu anteprojeto, dentre as “premissas da reforma” a Comissão sedimentou a necessidade da consolidação dos impostos de idênticas naturezas em figuras unitárias. No intuito de afastar a bitributação, pretendeu-se o enquadramento dos impostos integrantes do novo Sistema Tributário Nacional em quatro grandes grupos: (i) patrimônio e renda; (ii) produção e circulação de bens; (iii) comércio exterior; e (iv) impostos especiais. O campo da tributação residual, haveria de ser suprimido, uma vez que toda a matéria econômica susceptível de tributação já estaria prevista nos quatro grupos sugeridos pela Comissão.

Almejou-se, ainda, a concepção de um Sistema Tributário Nacional integrado no plano econômico e jurídico, em substituição ao critério histórico, de origem essencialmente política, da coexistência de três sistemas tributários autônomos, federal, estadual e municipal.

Alguns doutrinadores[68] sustentam que antes da Reforma Tributária existia um abismo entre direito e economia, e somente com o ingresso do novo ordenamento jurídico é que se verificou a interação necessária entre esses dois ramos do direito. Oportunamente, Geraldo Ataliba teceu severas críticas à visão econômica que se almejava instituir. Embora fatos econômicos e normas jurídicas se interpenetrem e reciprocamente se influenciem, para o autor, para os problemas jurídicos, a exemplo da estrutura Constitucional vivenciada pelo Estado, somente poderia ser dispensado tratamento jurídico.[69]

Muito se discute a respeito do conceito econômico de serviço. Olhando-se para o panorama histórico traçado acerca do surgimento do imposto, notadamente no que diz respeito à Reforma Tributária, em paralelo com a implantação do “VAT” Europeu, alguns

---

[68] Citamos as lições de Bernardo Ribeiro de Moraes (**Curso de direito tributário**. Sistema Tributário da Constituição de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979)

[69] ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 231.

doutrinadores chegam a conclusão de que o conceito de serviço denotaria nítida característica econômica. Isso porque, teria o tributo surgido em um contexto econômico propício (Reforma Tributária com "bases econômicas") e seus conceitos se deram através da importação de estudos havidos na Europa, à época para implantação do VAT (espécie de IVA de base ampla). Os defensores dessa corrente agregam à característica econômica, o fato de que o Brasil optou por enquadrar os serviços sujeitos à incidência do ISS mediante lista de serviços, tal qual fizeram diversos outros países.[70]

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121-3/SP[71], houve por bem afastar o conceito econômico de prestação de serviço, concluindo que a exigência do ISS pressupõe, sempre, uma obrigação de fazer. Por conseguinte, não há se falar na incidência do ISS sobre uma obrigação de dar pura e simples. Antes da atual Constituição, é bem verdade que o Supremo Tribunal Federal já adotara o conceito econômico de serviço, consoante se verifica do Recurso Extraordinário nº 112.947 e do Recurso Extraordinário nº 115.103. No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, essa linha foi abandonada pela Suprema Corte.

Não obstante tais considerações, defendemos que o conceito de serviço tributável, empregado pela Constituição Federal para identificar a esfera de competência dos Municípios, é um conceito de Direito Privado[72], uma vez que os conceitos econômicos, ou meramente operacionais, não oferecem critérios seguros e precisos para delinear a apontada materialidade.[73]

Marco decisório da instituição do ISS se deu com a Reforma do Sistema Tributário Nacional, objetivada pela Emenda Constitucional nº 18 de 1965 e, posteriormente, pela Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional).

---

[70] Nesse sentido, vide as considerações de Alberto Macedo em **O conflito de competência na tributação do consumo**. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Tributário à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, USP, 2013, p.79/80.

[71] TRIBUTO - FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional.(RE 116121, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2000, DJ 25-05-2001 PP-00017 EMENT VOL-02032-04 PP-00669)

[72] Nesse sentido, vide BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição e na lei**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 33.

[73] Nesse sentido, vide MELO, José Eduardo Soares de. **ISS – aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Dialética, 2008, p. 45.

Foi com base na referida Emenda Constitucional que foi atribuído aos Municípios a competência para cobrar um Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza não compreendido na competência tributária da União e dos Estados. Lei completar teria a função de estabelece critérios para distinguir as atividades sujeitas a tal imposto, daquelas sujeitas à incidência do ICMS. Na oportunidade, a Emenda Constitucional 18/65 atribuiu aos Municípios, ainda, uma espécie de ICMS a ser cobrado com base na legislação estadual respectiva e a uma alíquota não superior a 30% da alíquota do ICMS estadual. No entanto, antes mesmo de entrar em vigor o novo Sistema Triturado Nacional, o que se deu em 1º de janeiro de 1967, o referido imposto municipal sobre a circulação de mercadorias foi revogado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1967, nos termos do seu artigo 25[74], ficou estabelecida a competência dos Municípios para instituir o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza.

A Lei nº 5.172/1966, recepcionada pela ordem constitucional de 1967 como Código Tributário Nacional, com as alterações determinadas pelos Atos Complementares nº 34, 35 e 36 de 1967, descreveu, em seu artigo 71, o fato gerador do imposto, definiu o conceito de serviço por meio da descrição de diversas atividades e estabeleceu a sua base de cálculo como sendo o preço do serviço.

Mesmo diante desse cenário, persistiram no ordenamento dúvidas a respeito de um conceito de serviço tributável.

Foi diante da necessidade de se estabelecer critérios precisos para atuação do ISS, sobretudo no que diz respeito aos limites da sua incidência, sob pena de invasão no campo de atuação do ICMS (e vice-versa) que, em 1968, o Governo Federal nomeou uma Comissão com a finalidade de rever o Código Tributário Nacional, no que dizia respeito ao ISS e ao ICMS. Dos trabalhos desenvolvidos por essa Comissão resultou na promulgação do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. Nos termos da decisão do Ministro Aliomar Baleeiro, o referido instrumento normativo foi recebido como "materialmente lei complementar" (RE 76.723/SP).

Alcides Jorge Costa sustenta que como a Constituição Federal de 1967 falava em serviços de qualquer natureza "definidos" em lei complementar, os redatores do Decreto-lei 406/68 decidiram que essa definição não deveria ser conceitual, porque esse tipo de

---

[74] *Art 25 - Compete aos Municípios decretar impostos sobre:*
[...]
II - serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.

definição já tinha sido provado não ser adequada. Assim, foi adotado tipo de definição chamada enunciativa, ou seja, aquela que enumera o que se contém na coisa definida.[75]

Chegou-se, então, à previsão legal dos serviços passíveis de incidência pelo ISS, o que foi feito mediante lista de serviços anexa ao Decreto-lei 406/68. Discussões giraram em da natureza da lista de serviços, se exemplificativa, se taxativa. No entanto, prevalece o entendimento a respeito do seu caráter taxativo, conforme veremos em tópico próprio destinado ao tema.

Outras questões foram tratadas pelo Decreto-lei 406/68, a exemplo dos limites precisos entre a tributação do ISS e do ICMS, local da prestação, etc. Outros instrumentos normativos sobrevieram, a exemplo do Decreto-lei nº 834/1969, Decreto-lei nº 932/69 e da Lei Complementar nº 56/1987.

Por fim, em 31 de julho de 2003 foi promulgada a Lei Complementar 116, que trouxe novas inovações ao cenário da incidência do tributo.

Não obstante esse breve panorama histórico a respeito do surgimento do ISS, repisamos que a delimitação do conceito de serviço tributável requer que o início dessa construção se dê no plano constitucional.

Muito embora a Constituição não defina serviço explicitamente, para os efeitos tributários, isso não autoriza o interprete a fazê-lo a seu bel prazer. Pelo contrário, o interprete está condicionado por todo o contexto constitucional, pelas exigências dos princípios fundamentais e pelas insinuações sistemáticas, suficientemente vigorosas, para condicioná-lo decisivamente.[76]

No mesmo sentido, há de se ressaltar que a Constituição não define "serviços públicos", embora faça remissão a este instituto em diversas passagens, bem como fixe diretrizes sobre sua disciplina, de modo a permitir que a doutrina sobre esse se debruce, formulando um perfil através das enotações preestabelecidas pela Carta Maior.

Com isso, estamos certos que, muito embora a Constituição não defina expressamente alguns institutos, de certo, a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional, pautando-se balizar predefinidas, princípios e fundamentos norteadores do sistema jurídico, é dado ao interprete extrair o seu conteúdo.

---

[75] COSTA, Alcides Jorge. **Algumas notas sobre o imposto sobre serviços**. Revista de Direito Tributário Atual nº 29. São Paulo: Dialética, 2013, p. 33.

[76] ATALIBA, Geraldo; BARRETO, Aires F. ISS na Constituição – pressupostos positivos – arquétipo do ISS. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 37, 1986, p. 36/37.

Um dos princípios basilares da Constituição Federal é o princípio da isonomia, o qual leva às necessárias considerações sobre a capacidade contributiva. É imprescindível que seus preceitos sejam interpretados em harmonia com as suas exigências, daí porque, para o campo da tributação do ISS, conclui-se que não é qualquer "trabalho", não é qualquer "fazer", que pode configurar serviço.

Se entendermos o conceito de trabalho como gênero, serviço seria espécie, justamente por ser mais específico, menos amplo. Se trabalho corresponde a um "fazer" em proveito de outrem, podemos afirmar que serviço será a relação jurídica que constitui o esforço humano em proveito de terceiro (pois não há serviço para si mesmo).

O serviço tributável, por sua vez, exige a presença de fatos com conteúdo econômico. Assim, sob pena de violação ao princípio da isonomia, não será possível a incidência da norma sobre fatos desprovidos de significação econômica.

Em claras considerações sobre a ocorrência do fato gerador do Imposto sobre Serviços, Cléber Giardino sustenta:

> Daí não ser possível incidência do tributo se, a despeito de formalizado "contrato de serviços", não se produzem os correspondentes atos materiais expressivos da efetiva realização das prestações implicadas. Por isso, a par as notas substâncias do conceito de "serviços" – v.g. atividade em regime privado, in commercium, com propósitos interessados e lucrativos, significativa de "fazer" produtivo de utilidade material ou imaterial em benefício de terceiro (como excelentemente expostas por Geraldo Ataliba e Aires F. Barreto, "Suplemento Tributário", LTr, 19/81) segue-se ainda dado formal indispensável, consistente na concretização, desses elementos abstratos, num fato ou evento reconhecível como o material e efetivo desempenho do "fazer" contratualmente ajustado. Só assim ocorrerá o fato imponível (ou fato gerador do imposto sobre serviços).[77]

E é nesse contexto que buscamos o conceito de serviço tributável, partindo-se do uso comum, vulgar, dado à expressão, dela excluindo-se o conceito dado a "serviços públicos", bem assim os fatos compreendidos em possíveis hipóteses de incidência de impostos de competência tributária outorgada a ente diverso. Sem hesitação, partindo-se do texto constitucional, apontamos, as seguintes conclusões sobre os pressupostos negativos de sua conceituação: do conceito de serviço tributável deve ser excluído (i) o serviço público, uma vez que subsumível a regime de direito público e sujeito às imunidades tributárias, por força do estatuído na alínea "a", do incido III, do art. 150 da Lei Maior; (ii) o trabalho "para si

[77] GIARDINO, Cleber. ISS – competência municipal. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 32, 1985, p. 220.

próprio", que, em razão da ausência de cunho econômico no seu conteúdo ontológico, não é serviço tributável à luz da Constituição, porquanto, em consideração às exigências da isonomia, a prestação de serviços há de ter conteúdo econômico; (iii) os serviços prestados em regime familiar, altruístico, desinteressado e filantrópico, por lhes faltar o conteúdo negocial; (iv) o trabalho efetuado na relação de emprego ou subordinação, seja a empregador privado, seja ao Poder Público, cujo conteúdo econômico é excluído em razão de seu cunho alimentar; e, ainda, não fazem parte do conceito de serviço tributável pelo ISS (v) os serviços que foram atribuídos à competência dos Estados, quais sejam, os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, conforme prescrito pelo art. 155, II da Constituição.

À luz do texto constitucional, sinteticamente e com muita sabedoria, Aires F. Barreto definiu serviço tributável como sendo "o desempenho de atividade economicamente apreciável, sem subordinação, produtiva de utilidade para outrem, sob regime de direito privado, com fito de remuneração, não compreendido na competência de outra esfera do governo".[78]

Diante de tais conclusões observa-se, também, que a construção do conceito de serviço tributável para fins de incidência de ISS exige análise dos termos *prestação e serviço*, para que se possa delimitar quais atividades podem ser consideradas prestação de serviços.

3.2.2 O arquétipo constitucional

Não raras as vezes as vezes, Geraldo Ataliba e Aires F. Barreto, no laborioso estudo do ISS, asseveraram que a Constituição não define serviço, para efeitos tributários. Pelo menos não o faz explicitamente.[79] O texto constitucional faz referências ao vocábulo "serviço", deixando a cargo do intérprete a tarefa de defini-lo, em vista dos limites traçados pela Carta Constitucional. Ou seja, o intérprete não é livre para definir "serviço", encontra na Constituição as balizas necessárias à identificação e delimitação do campo material de sua atuação.

A conclusão não poderia ser outra, em razão do rígido sistema de discriminação de competências. Levando-se em consideração os conceitos do Direito Privado, a Constituição

---

[78] BARETO, Aires F. **ISS na Constituição e na lei.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 35-36.

[79] ATALIBA, Geraldo; BARRETO, Aires F. ISS na Constituição – pressupostos positivos – arquétipo do ISS. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 37, 1986; e BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição e na lei**. São Paulo: Dialética, 2003, dentre outros.

Federal demarcou o campo de atuação dos Municípios em matéria de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. Uma premissa básica há de ser fixada: os conceitos jurídicos utilizados pelo Texto Maior na definição dessa faixa de competência - conteúdo ou alcance dos conceitos de Direito Privado empregados pela Constituição - não podem ser alterados pelo legislador infraconstitucional, o que importaria em alteração da própria discriminação constitucional de competências tributárias.

Não menos que por isso que a assertiva "serviço é tudo aquilo previsto em lei complementar" é dotada de atecnia.

O conceito de serviço é, portanto, instituto de Direito Privado, expressamente mencionado pela Constituição. Assim, não é dado ao legislador infraconstitucional, seja ele ordinário seja ele complementar, liberdade para ampliar ou alterar o conceito de serviço pressuposto constitucionalmente, mesmo que à lei complementar tenha sido dada a competência de defini-los, o que deverá ser feito nos estritos contornos da Carta Constitucional.

Veja-se que, no que tange à expressa prevista no altiplano constitucional referente a "de qualquer natureza", entendemos que o vocábulo "qualquer" não pode ser tratado como sinônimo de "todo" para os fins de abarcar a incidência tributária sobre eventos discricionários. Já fixamos o pressuposto de que nem todo o serviço será passível de tributação, daí porque o "qualquer natureza" não incide sobre serviços indistintamente, encontramos balizas constitucionais a serem observadas.

Há quem pense, ainda, que o referido adjunto adnominal autorizaria a inclusão de, efetivamente, "qualquer" atividade. Incorre em erro. Não se põe dúvida na afirmação de que o ISS pode incidir sobre serviços de qualquer natureza (desde que descritos pela lei complementar e lei municipal como passíveis de tributação). Mas, é preciso, sempre, que se trate de serviços. E sob o vocábulo serviços, conforme já nos posicionamos, nem tudo estará abarcado, quiçá a pretexto de que são "de qualquer natureza". Para assim compreendê-los, é preciso que sejam do gênero serviços. Não são as coisas de qualquer natureza. Não são as industrializações de qualquer natureza; nem as operações mercantis de qualquer natureza; tampouco as operações creditícias de qualquer natureza; mas, apenas e tão somente as prestações de serviço de qualquer natureza. Repisamos: o que é de "qualquer natureza" é o serviço e, não sendo serviço, não pode ser tributável pelo ISS.

Decompondo-se os aspectos inerentes ao conceito de serviço tributário demarcado no campo constitucional, encontramos: (i) o desenvolvimento do esforço humano; (ii) com conteúdo econômico (não compreende, portanto, atividade sem valor que, embora seja

serviço, não é tributável); (iii) e resultado desejável, útil; (iv) direcionado a outrem (o tomador do serviço não pode ser "si próprio"); (v) sem subordinação; (vi) sob o regime de direito privado; (vii) com remuneração em contrapartida; e, por fim, (viii) não compreendido na competência de outro ente tributário.

Em vistas dessas conclusões, estabelecemos o conceito de serviço tributável. Nada obstante, a fim de ocorra a perfeita incidência da norma impositiva é necessário, ainda, análise centrada sobre o verbo *prestar*, para que se possa delimitar quais atividades podem ser consideradas prestação de serviços para fins tributários.

3.2.3 As obrigações de dar e de fazer

Algumas são as atividades que, via de regra, envolvem negócios jurídicos com transferência de titularidade de mercadoria e, simultaneamente, a prestação de esforço humano em caráter negocial.

Notadamente no intuito de se evitar a invasão de competência do Município que poderá se debruçar sobre fatos econômicos de competência do Estado, tributáveis tão somente por meio do ICMS, é que se faz necessário estabelecer alguns parâmetros norteadores da materialidade do ISS.

Por outros torneios, duas materialidades podem envolver essencialmente um "fazer", de maior ou menor intensidade, que no caso do IPI, seria mais significativa e se traduzira num bem corporificado; e no caso do ISS compreenderia atos decorrentes de menor desempenho material e nem sempre materializados.[80] No entanto, é certo que o ordenamento jurídico visa repelir essa incidência concomitante.

É diante desse cenário que surge ainda mais proeminente a necessidade de se separar o negócio jurídico objetivado pelas partes: prestador e tomador, no caso de serviços (ISS); ou vendedor e comprador, no caso de circulação de operações mercantis (ICMS). Considerando que o IPI e o ISS não se distinguem pela qualificação ou pelo esforço humano prestado a terceiro, mas fundamentalmente pela prática de "operações" jurídicas, José Soares de Melo sustenta que no IPI,

> a obrigação tributária decorre da realização de "operações" no sentido jurídico (ato de transmissão de propriedade ou posse), de um bem anteriormente elaborado (esforço que constitui na sua transmissão ou criação de uma nova utilidade). A obrigação consiste num "dar um produto

[80] GIARDINO, Cleber. Conflitos entre ICM, ISS, IPI. Curso de direito tributário III, PUC, **Revista de Direito Tributário**, v. 7/8, p. 105/131.

> industrializado" pelo próprio realizador da operação jurídica. Embora este, anteriormente, tenha produzido um bem, consistente em um esforço pessoal, sua obrigação consiste na entrega desse bem, no oferecimento de algo corpóreo, materializado, e que não decorra de encomenda específica do adquirente.[81]

Nos valendo das conclusões do mestre Aires F. Barreto, entendemos como *serviço tributável* por meio do ISS a prestação de esforço humano a terceiros, com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob regime de direito privado, tendente à obtenção de um bem material ou imaterial.[82]

Neste sentido, temos que o Imposto sobre Serviços, proclama, inexoravelmente, as obrigações de fazer, nenhuma outra.

Cumpre-nos, então, tecer algumas considerações a respeito da distinção existente entre as obrigações de dar e de fazer, no intuito de, mais uma vez, delimitar o campo de atuação do imposto sob análise. Se o esforço humano não é desenvolvido para terceiros não há serviço, porquanto é incontornável que a prestação se dê em favor de outrem. Pontes de Miranda enfatiza o voltar-se para terceiros como conteúdo insuperável do conceito de serviço.

Por obrigação de dar entendemos o vínculo jurídico que impõe ao devedor a entrega de alguma coisa já existente ao credor, e faz deste adquirente de um direito sobre aquele. O célebre professor Clóvis Beviláqua aclara em precioso estudo o conceito da obrigação de dar como "aquela cuja prestação consiste na entrega de alguma coisa móvel ou imóvel, seja para constituir um direito real, seja somente para facilitar o uso, ou ainda, a simples detenção, seja finalmente, para restituí-la ao seu dono". [83]

A distinção do referido instituto em face da obrigação de fazer reside justamente na forma como o objeto é disponibilizado ao credor, posto que no primeiro realiza-se a entrega de algo, sendo irrelevante a atividade exercida para o alcance deste fim; ao passo que no segundo, dar-se importância ao serviço contratado, isto é, ao esforço despendido pelo prestador.

Nesta ordem, a obrigação de fazer tem por objeto um ou mais atos do devedor, com a exceção da entrega de alguma coisa. Impõem a execução, a elaboração, a realização de

---

[81] MELO, José Eduardo Soares de. **ISS – aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Dialética, 2008, p. 48.
[82] Cf. Aires Barreto, Suplemento tributário da LTr 19/81.
[83] BEVILÁQUOA, Clóvis. **Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações,** 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 95.

algo até então inexistente. Nas palavras do ilustre Aires F. Barreto, a obrigação de fazer consiste em:

> (...) um ato ou em um serviço a ser prestado pelo devedor, é dizer; numa produção, mediante esforço humano, de uma atividade material ou imaterial. Nas obrigações de fazer, pode seguir-se o dar, mas este não pode concretizar sem o anterior fazimento, objeto precípuo do contrato (do qual o "entregar" é mera consequência do fazer).[84]

Sendo assim, as obrigações de dar não podem ensejar a incidência do ISS porquanto serviço se presta mediante um *facere*. Noutras palavras quando existir um "negócio jurídico mediante o qual uma das partes se obrigue a praticar certa atividade, de natureza física ou intelectual, recebendo, em troca, remuneração"[85], uma vez que serviço não se dá, se presta.

Em esclarecedoras lições sobre o tema, encontramos acórdão do Conselho Municipal de Tributos de São Paulo, da lavra do Conselheiro Relator Fábio Soares de Melo cuja vênia pedimos para transcrever pequeno trecho:

> [...] Desta forma, inicialmente, o vocábulo "serviços" compreende, sinteticamente, significado jurídico que consiste em determinada "obrigação de fazer" e que não pode ser alterado por qualquer dispositivo legal, na medida em que estaria em descompasso com a norma jurídica contida na regra-matriz de incidência tributária do ISS, prevista no artigo 156, inciso III, do Texto Constitucional de 1988. Sob este prisma, em consonância com os artigos 247 a 249, do Código Civil brasileiro aprovado pela Lei nº 10.406, de 10.06.02, as denominadas "obrigações de fazer", caracterizam-se como obrigações positivas, que se concretizam como ato pessoal ou não, do devedor, mediante uma contraprestação pecuniária. [...] Ressalte-se que as obrigações de fazer diferenciam-se das obrigações de dar, em virtude do fato de que o conteúdo da "obrigação de dar" consiste na entrega de determinado bem, ao passo que na "obrigação de fazer" o objeto da prestação representa determinado ato do devedor. [...] Sob o ponto de vista eminentemente tributário, o Professor Aires F. Barreto (in ISS. Atividade-Meio e Serviço-Fim. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário nº 5. São Paulo: 1996. p. 80.), ao abordar a questão das referidas espécies de obrigações, com o brilhantismo que lhe é peculiar, afirmou: "O único caminho conducente a uma separação consentânea com o sistema constitucional é o que observa a distinção jurídica – vetusta e cediça – entre obrigação de dar e fazer, categorias gerais do direito, secularmente estudadas pelos civilistas. A distinção entre dar e fazer, como objeto do direito, é singela. Basta – aos fins deste estudo - salientar que a primeira (obrigação de dar) consiste em vínculo jurídico que impõe ao devedor a entrega de alguma coisa já existente; por outro lado, as obrigações de fazer impõe a execução, a elaboração, o

---

[84] BARRETO, Aires. **ISS, IOF e Instituições Financeiras.** 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016, p.16

[85] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, p. 775

> fazimento de algo até então inexistente. Consistem num serviço a ser prestado pelo devedor (produção, mediante esforço humano, de uma atividade material ou imaterial). Nas obrigações de fazer, segue-se o dar, mas este não se pode concretizar sem o fazimento anterior, objeto precípuo do contrato (enquanto o 'entregar' a coisa feita é mera conseqüência)." Desta forma, somente encontra-se sujeita à tributação pelo gravame municipal a prestação de serviço que consista em efetiva obrigação de fazer, sendo certo que qualquer exigência municipal fora deste conceito jurídico implica em desrespeito ao disposto no artigo 156, inciso III, do Texto Constitucional de 1988 [...].[86]

Muito embora a tendência legalista do referido órgão, não grandes são as oportunidades que vemos a tributação de determinado evento econômico ser afastada por força da necessária separação e distinção entre as obrigações de dar e fazer, necessárias à compreensão da materialidade do ISS.

Nessa perspectiva, temos, portanto, que o conceito constitucional de serviço tributável abrange, tão-somente, as obrigações de fazer, resultantes do esforço humano prestado a outrem. Ressalte-se, todavia, que este esforço humano não for desenvolvido para terceiros, não há serviço, porquanto é imperioso que a prestação, como atividade fim, se dê em favor de terceiros.

Destas considerações, nos valendo das sempre valiosas lições do mestre Aires F. Barreto, concluímos como prestação de serviço tributável – a única passível de incidência do ISS "o desempenho de atividade economicamente apreciável, produtiva de utilidade para outrem, porém sem subordinação, sob regime de direito privado, com fito de remuneração".[87]

Cumpre expressar a relevância dos princípios da legalidade e da tipicidade fechada em matéria tributária, para que nenhum crédito tributário possa ser exigido à míngua de lei. Não se pode permitir a cobrança de ISS sobre valores que não constituam remuneração por prestação do serviço, com a demonstração do seu enquadramento legal na Lei Complementar nº 116/03.

Não é demais destacar que, ainda que a atividade esteja arrolada na lista de serviços anexa à referida Lei, se de prestação de serviço não se tratar, não poderá ser exigido o ISS, como bem reconheceu o STF ao afastar a incidência do ISS sobre o item correspondente à locação de bens móveis.[88]

---

[86] Acórdão proferido nos autos do Processo Administrativo nº 2005-0.155.975-9, da 3ª Câmara Efetiva, do Conselho Municipal de Tributos de São Paulo.

[87] BARRETO, Aires F. **"Conceito de Serviço",** *Suplemento Tributário LTr* nº 19, p. 81.

[88] Recurso Extraordinário 116.121, Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Disponível em: http://goo.gl/8V6UYn. Acesso em: 16 maio de 2016

Em face disto, é de se ter presente a impossibilidade de serem graváveis pelo ISS obrigações de fazer que não tenha o cunho de prestação de serviços.

3.2.4 As atividades meio *versus* atividades fim

Para que reste caracteriza a incidência do ISS não basta a presença do *serviço,* tal qual constitucionalmente pressuposto, necessário se faz a análise das atividades desenvolvidas pelo contribuinte, a fim de que reste afastado, de plano, a incidência do tributo sobre aqueles serviços que não configuram atividade fim do sujeito passivo.

Não se pode confundir, para fins de incidência do ISS, prestação de serviço com as etapas ou procedimentos que simplesmente o viabilizam.

Uma prestação de serviços, em geral, envolve a realização de etapas intermediárias, acessórias, sem a autonomia necessária para configurar um serviço individualizado. Somente após a realização dessas etapas intermediárias o prestador de serviços atingirá o objetivo visado, este, sim, o serviço tributável pelo ISS. Essas atividades, cuja execução não é objeto da contratação do serviço, são apenas meios para se chegar ao objeto da prestação. São as denominadas *atividades meio*.

Embora essenciais para a consecução da atividade fim, as atividades meio não podem ser consideradas separadamente para fins de tributação pelo ISS, pois não têm existência ou causas jurídicas autônomas, não são contratadas isoladamente. Como tais, são apenas meios para se chegar ao objeto da prestação contratada, vale dizer, etapas a serem percorridas para a realização do serviço final contratado e o núcleo da obrigação atendido.

Devemos ter em mente que o objeto da tributação do ISS é o esforço humano prestado a terceiros, como fim ou objeto, e não as suas etapas intermediárias, indispensáveis à obtenção do fim; não a ação desenvolvida como requisito ou condição do *facere* (fato jurídico posto no núcleo da hipótese de incidência do tributo), mas apenas as que caracterizem o próprio fim ou objeto.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que atividades meio não estão sujeitas à incidência de ISS. Dentre as várias decisões existentes, temos como exemplo a que considerou os serviços prestados pelos Bancos, tais como, os serviços de datilografia, estenografia, secretaria e etc., como serviços meramente acessórios, sem vida própria, pelo que ausentes de autonomia e praticados com o fito de viabilizar a

atividades-fim das instituições financeiras, razão pela qual não devem ser gravadas pelo ISS.[89]

O tema, inclusive, já foi objeto de apreciação pela Corte Superior em sede de Recurso Repetitivo.[90] Trata-se do entendimento manifestado pela Primeira Seção do STJ, na qual foi negado provimento ao Recurso Especial apresentado pelo Estado Rio de Janeiro contra empresa de telecomunicação, onde a corte reiterou o seu parecer de que sobre atividades acessórias, prévias, anteriores à prestação de serviço propriamente dita, não há incidência tributária (nem de ICMS nem de ISS), justamente porque não podem ser consideradas isoladamente da atividade fim, isto é, não têm vida própria sem a atividade fim.

Com base em tais considerações, o fato de haver das atividades meio não tem o condão de torná-las prestação de serviço para fins de incidência de ISS, ainda que haja a cobrança de um valor ou preço sobre tais ações intermediárias, pois não configuram o serviço

---

[89] TRIBUTARIO. ISS. SERVIÇOS ACESSORIOS PRESTADOS POR BANCOS. NÃO INCIDENCIA. LISTA ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68. TAXATIVIDADE. Os serviços de datilografia, estenografia, secretaria, expediente etc. prestados pelos bancos não possuem carater autônomo, pois inserem-se no elenco das operações bancarias originarias, executadas, de forma acessória, no proposito de viabilizar o desempenho das atividades-fim inerentes as instituições financeiras. A lista de serviços anexa ao decreto-lei n. 406/68 e taxativa, não se admitindo, em relação a ela, o recurso a analogia, visando a alcançar hipóteses de incidência diversas das ali consignadas. Precedentes. Recurso improvido, sem discrepância. (REsp 69986/SP, Relator: DEMÓCRITO REINALDO, T1 - PRIMEIRA TURMA, DJ 30/10/1995 p. 36734). No mesmo sentido: REsp 13.802/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/1992, DJ 23/03/1992, p. 3433 e AgRg no Ag 461.727/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/06/2003, DJ 04/08/2003, p. 233

[90] PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS CONEXOS (SUPLEMENTARES) AO DE COMUNICAÇÃO (TELEFONIA MÓVEL): TROCA DE TITULARIDADE DE APARELHO CELULAR; CONTA DETALHADA; TROCA DE APARELHO; TROCA DE NÚMERO; MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA DE CONTA TELEFÔNICA; TROCA DE ÁREA DE REGISTRO; TROCA DE PLANO DE SERVIÇO; BLOQUEIO DDD E DDI; HABILITAÇÃO; RELIGAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.
1. A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96).
2. A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. **Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.**3. Não merece reparo a decisão que admitiu o ingresso de terceiro no feito, pois o art. 543-C, § 4º, do CPC autoriza que o Ministro Relator, considerando a relevância da matéria tratada em recurso especial representativo da controvérsia, admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na questão jurídica central.4. Agravo regimental de fls. 871/874 não provido. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ. (REsp 1176753/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 19/12/2012)

tributável, na sua integralidade. Sobre esta perspectiva, tem advertido o professor Aires F. Barreto:

> No caso específico do ISS, não se pode decompor um serviço, porque previsto em sua integralidade no respectivo subitem específico da lista da lei municipal – nas várias ações-meio que o integram, para pretender tributá-las separadamente, isoladamente, como se cada uma delas correspondesse a um serviço autônomo, independente. Isto seria uma aberração jurídica, além de constituir-se em desconsideração à hipótese de incidência desse imposto.[91]

Compreender o marco divisório entre as atividades meio e fim é essencial para que sejam evitados os equívocos tão frequentes entre doutrinadores e aplicadores da lei. Saber identificar sobre qual atividade se está diante dependerá do contexto em que ela está inserida, valendo, para tanto, a análise da sua natureza e origem. Se as atividades, individualmente consideradas, consistirem o fim desiderato, vale dizer, traduzirem a prestação que se colocará à disposição de outrem, ter-se-á uma atividade fim, ora tributável pelo imposto de competência Municipal. Em todo o caso, deve-se atentar que o alvo da tributação é o esforço humano como fim específico, e não suas etapas, daí porque devemos rechaçar toda e qualquer tentativa de se cogitar que a carga impositiva possa recair sobre atividades meramente acessórias.

À luz do exposto, somente podem ser entendidas, para fins de incidência do ISS, as atividades entendidas como fim, correspondentes à prestação de um serviço integralmente considerado.

3.2.5. Base de cálculo e Alíquota

Tal como ocorre com os demais tributos, a exigência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza requer a apreciação da realidade que se pretende medir, sendo imprescindível que a lei estabeleça o critério quantitativo para infirmar, afirmar ou confirmar a consistência material da hipótese tributária.

Sendo a hipótese de incidência tributária a descrição hipotética de um fato, a base de cálculo, como um atributo seu, possui caráter normativo, tão hipotético quanto a própria hipótese de incidência a que se refere. Enquanto o critério material previsto na hipótese será

---

[91] BARRETO, Aires. **ISS, IOF e instituições financeiras**. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016, p.37

sempre formado de um verbo seguido de um complemento, o critério quantitativo será representado pelo adjunto adnominal desta mesma formulação simplificada.

Fixadas tais premissas, temos que a base de cálculo consiste no aspecto fundamental da estrutura de qualquer tipo tributário, que quantifica o objeto da imposição fiscal. É a descrição legal de um padrão ou unidade de referência que possibilita a quantificação da grandeza financeira do fato tributário.

Os demais critérios normativos são de grande importância para a configuração da relação jurídica, como as figuras do credor e devedor, o tempo, espaço, alíquotas e materialidades. No entanto, a representação da grandeza do tributo só se torna acessível com o conhecimento preciso da base imponível, caracterizadora do *quantum* devido pelo contribuinte. Ademais, a base de cálculo se destaca pela sua posição central relativamente à hipótese de incidência, haja vista ser impossível que um tributo, sem que se desnature, tenha por base imponível uma grandeza que não seja ínsita à materialidade de sua hipótese de incidência.

Dada a importância da base de cálculo, o mestre Geraldo Ataliba a definiu como:

> uma perspectiva dimensível do aspecto material da h.i. que a lei qualifica com a finalidade de fixar o critério para a determinação, em cada obrigação tributária concreta, do quantum debeatur. [...] a importância da base imponível é nuclear, já que a obrigação tributária tem por objeto sempre o pagamento de uma soma em dinheiro, que somente pode ser fixada em referência a uma grandeza prevista e ínsita no fato imponível, ou dela decorrente, ou com ela relacionada.[92]

A base de cálculo deve ater-se aos parâmetros constitucionais e ao fato imponível, mesmo porque a materialidade de cada espécie tributária, por si só, é suficiente para medir normativamente o *quantum* a ser devido pelo sujeito passivo da obrigação. Os atos, fatos, operações, serviços, situações e estados (constituidores das materialidades) contêm ínsitas grandezas econômicas que passam a ser reveladas ou explicitadas pelo editor da norma impositiva.[93] Não é porque a Constituição não revela expressamente os elementos quantificadores dos tributos, que o legislador ordinário possa fazê-lo livremente.

Relativamente ao ISS, não poderia ser diferente. Deve o legislador ordinário indicar a base de cálculo em consentâneo com o arquétipo desenhado pela Excelsa Lei, onde está insculpido os seus contornos e traços vitais. Neste sentido, são as válidas palavras do

---

[92] ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária.** 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 1993, p. 10.
[93] MELO, José Eduardo Soares. **ISS – Aspectos teóricos e práticos**. 5ª ed. São Paulo, Dialética, 2008, p. 146.

professor Aires Barreto: “escultura sem semblante, mas sempre escultura, eis o tributo na Constituição”.[94]

Da literalidade do artigo 9º do Decreto-Lei nº 406/1968, reiterado pelo artigo 7º da Lei Complementar nº 116/03, a base de cálculo do ISS é o *preço do serviço*. Ao seu turno, o preço do serviço é a contraprestação paga pelo tomador ou usuário diretamente ao prestador, em razão de uma prestação de serviços tributável pelos Municípios e Distrito Federal. Por preço do serviço deve-se entender a receita bruta dele proveniente, sem quaisquer deduções.

Ressalte-se que não poderá ser tomada como base de cálculo do ISS a receita auferida pelo prestador que não corresponda à remuneração pela prestação de serviços de competência dos referidos entes políticos, sob pena de desvirtuamento do tributo, no mais das vezes com invasão de competência tributária alheia.

Bem ainda, uma prestação de serviços que não corresponda a nenhuma contraprestação a cargo do tomador não equivale ao conceito de serviço tributável pelo ISS, porque para a composição deste é essencial a presença do aspecto quantitativo, correspondente àquele eleito pelo legislador (preço do serviço).[95]

Para a válida cobrança do imposto, portanto, é de rigor que o valor a ser tributado represente, de maneira fiel, a medida econômica da materialidade eleita pelo texto Constitucional, que é a própria prestação de serviços. A base de cálculo possível do ISS possui, assim, uma delimitação constitucional, com a *receita oriunda da prestação de serviços.*

Nesse cenário, igualmente afirmamos que a base de cálculo do ISS não é o volume de recursos financeiros que ingressam no caixa das empresas, mas a *receita oriunda da prestação de serviços.*

Posto isto, considerando a equivalência dos conceitos “preço” e “receita”, mister traduzir, mesmo que em síntese, o significado deste último no firmado nos âmbitos jurídico e contábil, para que possamos dar a adequada observância aos critérios quantificadores do tributo, conforme determina o artigo 110 do Código Tributário Nacional.

Ingressos financeiros representam, sob a perspectiva jurídica, todo o dinheiro que entra nos cofres das empresas, a que título for. Inclui-se no seu conceito tanto as receitas, quanto os valores diversos que embora ingressem na contabilidade da pessoa jurídica,

---

[94] BARRETO, Aires. **Base de Cálculo, Alíquota e princípios constitucionais**. 2ª ed. Max Limonad. 1998, p. 35.

[95] BARRETO, Aires. **ISS na Constituição e na Lei**. São Paulo, Dialética, 2003, p. 301.

pertencem a terceiros e a este serão posteriormente repassados. Representam mero trânsito de valores, porque não importam qualquer modificação ou incremento de patrimônio da empresa. Somente irão configurar efetivas receitas, quando dotados do atributo da definitividade. Quando ingressam no caixa a título precário e temporariamente, os ingressos financeiros não tem o condão de assegurar a disponibilidade e titularidade dos recursos financeiros, atributos necessários à caracterização do status de receita.

A receita, por sua vez, são entradas definitivas de dinheiro que pertence ou passam a pertencer à entidade. Modificam o patrimônio da empresa, incrementando-o.

Trazendo a necessária distinção entre receita e mero ingresso, o mestre Geraldo Ataliba, com a clareza de sua exposição, assevera que a receita tributável pelo ISS não inclui aqueles valores que apenas transitam pelo caixa do prestador do serviço. A receita se refere a uma espécie de entrada, esta representada por todo o dinheiro que ingressa nos cofres de determinada entidade. Porém, nem toda entrada é receita. Receita é a entrada que passa a pertencer à entidade, ou seja, aquele ingresso de dinheiro que venha integrar efetivamente o patrimônio do contribuinte. Diversamente, as meras entradas têm caráter eminentemente transitório, devendo, inclusive, serem contabilizadas, escritas nos livros fiscais, separadamente das receitas:

> Tomar por base imponível o total da fatura é violar os princípios legais assinalados e violar os cânones regulamentares expressos, produzindo ato nulo, lançamento ineficaz.
> Para ser regular e válido, o lançamento (seja por homologação, seja de ofício) deve separar os itens das faturas para cingir-se à base de cálculo legalmente disposta, que só é exclusivamente o preço do serviço.[96]

Desta feita, os valores que não mantêm conexão com a quantia referente à remuneração dos serviços tributáveis, a exemplo de recebimentos temporários ou de ingressos de outra natureza, não consistem em base imponível do tributo. Apenas os aportes que incrementem o patrimônio, como elemento novo e positivo, são receitas.[97] A remuneração da atividade desenvolvida compõe receita do prestador, e, como tal, é tributável pelo ISS. Os demais ingressos, porque não remuneram o prestador pelo serviço prestado, não podem ser validamente incluídos na base de cálculo do ISS.

---

[96] ATALIBA, Geraldo. **ISS** – Base Imponível – Estudos e pareceres de Direito Tributário, vol. 1, São Paulo, RT, 1978, p. 85 e 91.
[97] BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças.** 11. ed. Rio: Forense, 1976, p. 130-5.

Tem-se, portanto, ilegal a inclusão na base de cálculo do ISS de valores provenientes de negócios paralelos, distintos da prestação de serviço, inclusive quando estes valores compõem a base de cálculo de tributo de competência da União ou Estados.

Nesta toada, no cálculo do imposto devido não poderão ser incluídos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade e ilegalidade, os valores pertinentes a seguro, juros e outras importâncias como multas e indenizações, haja vista possuírem natureza jurídica distinta do preço do serviço. Tais entradas não são caracterizadas como remuneração de atividade economicamente desenvolvida, logo, não podem servir de parâmetro adequado para qualificação do "preço do serviço" e, por consequência, da base de cálculo do ISS.

Os juros compreendem, resumidamente, os lucros/ganhos auferidos da inversão de seus capitais ou a verba recebida do devedor como compensação pela demora no pagamento que lhe é devido. A prestação do serviço é negócio autônomo e inconfundível com a operação de financiamento subsequente, que, conquanto possa constituir serviço (atividade econômica), não está submetida à competência municipal. Uma vez que se tratam de negócios jurídicos diversos, não é concebível que os reunamos com o fim de congregá-los na base de cálculo do ISS.

Do mesmo modo, configuram-se os acréscimos financeiros decorrentes do pagamento do preço do serviço mediante cartão de crédito. Não há dúvida de que os encargos resultantes da dilatação deste pagamento no tempo constituem operação de natureza jurídica financeira distinta da prestação de serviço.

Os seguros constituem negócio jurídico autônomo, que dá ensejo a cobrança do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) de competência da União, nos termos do artigo 153, inciso V da Constituição Federal.

Já a multa contratual é resultante de um descumprimento de obrigação civil, revelando a sua natureza de indenização pelos danos causados a um dos contratantes. Logo, uma vez que o valor do ressarcimento por ilícito contratual é estranho ao preço do serviço, não deve ser objeto de imposição do ISS.

À luz destas considerações, pode-se afirmar que para haver receita tributável do ISS deve haver (i) ingresso (a receita é uma espécie de ingresso); (ii) ingresso este que represente uma modificação do patrimônio do prestador (receita é uma espécie de ingresso que modifica o patrimônio da empresa); e (iii) ingresso este que advenha da efetiva prestação de um serviço (a base de cálculo do ISS somente pode ser a perspectiva dimensível da prestação de serviço). Em síntese, a base de cálculo do ISS é o efetivo preço do serviço, não configurando

“preço de serviço” simples ingressos, por não compreender todo o conjunto das entradas de caixa que venham a ocorrer no custo das atividades.

Identificamos, assim, a base de cálculo constitutiva do padrão de referência a ser observado na quantificação financeira dos fatos tributáveis pelo Imposto sobre Serviços, sendo mister tratarmos, então, da figura das alíquotas, sem as quais não se faz possível identificar o *quantum* devido pelo contribuinte. Só da conjugação destes dois critérios, saberemos minuciar o exato valor da dívida tributária.

O estudo da alíquota, a rigor, não pertence ao capítulo da hipótese de incidência, mas ao da estrutura da obrigação tributária, uma vez que ela se encontra na parte mandamental da norma, e não na parte legal. Tais considerações permitem-nos visualizar a alíquota desassociada da base de cálculo, pois enquanto esta constitui um elemento básico, como efetiva grandeza da materialidade tributária, a alíquota representa parte, quota ou fração desse determinado montante.

A Constituição Federal não traz no seu bojo os percentuais relativos às alíquotas, estando esta matéria integrada ao regime de reserva legal, com as excepcionalidades previstas na própria Carta Magna, que não serão aqui tratadas. Devemos nos ater à estipulação da alíquota pelo legislador, que deve respeitar os princípios da capacidade contributiva, isonomia e vedação ao confisco, promovendo uma carga tributária suportável para os contribuintes.

No tocante ao ISS, o artigo 156, parágrafo 3º, inciso I da Constituição Federal estabeleceu ser atribuição da lei complementar fixar as alíquotas máximas e mínimas. Em lei, deverá estar expressa a indicação da alíquota a ser aplicada sobre o preço do serviço (abstratamente considerado) para, concretamente, permitir a sua multiplicação sobre a base calculada. Em construção matemática significa dizer: o *quantum debeatur* é igual a 5% de x, onde x é a base de cálculo.

Como critério para a atribuição de uma parcela de riqueza do particular ao Estado, existem limites para a fixação da alíquota máxima de todo e qualquer imposto. O primeiro limite é pautado na vedação constitucional de os impostos terem efeitos confiscatórios (artigo 150, IV). Paralelamente, há o limite que se funda na previsão constitucional que remete a lei complementar a fixação de alíquotas máximas do ISS.

Ressalte-se que a fixação desses limites em legislação infraconstitucional não significa que sejam essas normas limitadoras da competência tributária do Município. A

limitação é da própria Constituição.[98] Posto isto, deve a lei complementar fixar as alíquotas máximas do ISS para preservar o princípio da autonomia dos Municípios e para impedir o efeito do confisco.

O artigo 8º da Lei Complementar 116/03 estabeleceu a alíquota máxima do ISS de 5% (cinco por cento), sem excepcionar nenhuma espécie de tributo.[99] Portanto, leis ordinárias municipais devem obedecer ao limite fixado pela legislação complementar.

Quanto à previsão de alíquotas mínimas, trata-se de inovação trazida pela Constituição de 1988, por força da Emenda Constitucional 37, de 12 de junho de 2002. A partir dela ficou estabelecido que até que a lei complementar disponha a respeito, a alíquota mínima do ISS será de 2% (dois por cento), exceto "para serviços que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406, de 31 de dezembro de 1968".[100]

Observe-se, todavia, que ao excepcionar os serviços supra, o constituinte não esclarece se com relação a estes itens a alíquota deverá ser maior ou menor que 2% (dois por cento). Como, os redatores da emenda não se atentaram a tal fato, e em respeito à isonomia, a disposição, tal como redigida, nasce natimorta.

Os Municípios cujas leis já preveem alíquota no limite do teto constitucional não precisaram adotar qualquer medida. Todavia, se em princípio a lei fixa uma alíquota constitucional, mas, em virtude da concessão de benefício, esta alíquota reduz para um percentual inferior a 2% (dois por cento), o Município deverá elevá-la para o referido limite mínimo.

3.2.6 A taxatividade da lista de serviço

A definição de serviços por listas contidas em leis complementares tem provocado, desde muito, acirrada controvérsia entre e a doutrina e jurisprudência.

---

[98] BARRETO, Aires. **ISS na Constituição e na lei**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 342.

[99] Em verdade, conforme bem esclarece Aires F. Barreto, o teto da alíquota de 5% foi instituído pela Lei Complementar 100/2000, ora replicado pela Lei Complementar 116/2003. Acredita-se que, muito provavelmente, a intenção do referido instrumento normativo não era instituir um limite quantitativo para todo e qualquer serviço, mas tão somente para os serviços ali listados. Entretanto, a pretensão não foi alcançada, vindo a estabelecer-se uma alíquota máxima de 5% que aplicar-se-ia para todo o imposto (BARRETO, Aires. **Curso de direito tributário municipal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 471).

[100] O item 32 refere-se a serviços de execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de boras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares; o item 33 da lista refere-se a serviços de demolição, enquanto o item 34 versa sobre os serviços de reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres.

Sob justificativa de ser incompatível com autonomia assegurada constitucionalmente aos Municípios, fortes críticas foram feitas à outorga de competência ao legislador nacional para estipular os serviços que podem ser tributáveis pelo ISS, como realizado por meio do Decreto-lei 406/68, com redação dada pela Lei Complementar 56/1987 e, posteriormente, pela Lei Complementar 116/2003. Sustenta-se que, se o constituinte conferisse ao legislador complementar a tarefa de definir os serviços que os municípios poderiam prever nas suas legislações, a autonomia destes restaria amplamente prejudicada, numa verdadeira subordinação aos interesses do Congresso Nacional. Além disto, inibiria em muito a competência dos Municípios em matéria de ISS, já que se limitariam a erigir como hipóteses de incidência específicos serviços, colocando, tantos quanto forem os demais serviços existentes, no campo da não-incidência.

A despeito do referido posicionamento doutrinário[101], no sentido de haver grave ofensa à Constituição Federal, predomina na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os Municípios somente poderão tributar os serviços listados na Lei Complementar 116/2003 (ou, à época, no Decreto-lei 406/68, com redação dada pela Lei Complementar 56/1987).

A teoria segundo a qual a lista de serviço anexa à Lei Complementar 116/2003 seria exemplificativa, notadamente em razão do princípio da autonomia Municipal, restou superada, abrindo lugar à sua natureza *numerus clausus*, em face da rigidez do nosso Sistema Constitucional Tributário e do sistema de distribuição de competências estabelecido pela Constituição Federal. Assim, não pode o Município, por analogia, estabelecer novos serviços sujeitos à incidência do ISS, sem acarretar ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que ordenamento jurídico positivado foi pautado no princípio da rigidez normativa, inequívoco elemento de segurança jurídica e controle dos atos da administração pública.

Debates acirrados giraram em torno do tema da taxatividade da lista de serviços, no sentido de inibir a tributação municipal, principalmente, nos casos de serviços de transporte

---

[101] A título de exemplo, citamos a posição defendida por Aires F. Barreto, segundo o qual "essa exegese, data venia, é contrária à Constituição, em suas mais fundamentais exigências. Abreviadamente, cabe assinalar que ela importa: a) supor superioridade formal da União sobre o Município; b) supor hierarquia entre lei complementar e lei ordinária; c) entender que o Município não é autônomo, nem que o art. 30, da Constituição encerra um magno princípio constitucional; d) reputar não escrito o preceito do inciso III, do art. 30, do Texto Constitucional; e) entender que a Constituição tem preceitos que atribuem e que depois retiram o que foi atribuído; invalidando outorgas por ela mesma dadas; f) negar coerência e lógica ao sistema constitucional; g) admitir que a Constituição é flexível e pode ser alterada por lei complementar; h) entender que as competências tributárias, constitucionalmente estabelecidas, podem ser ampliadas, reduzidas e até mesmo anuladas pela lei complementar; i) admitir que o Congresso pode suprimir (por omissão) a competência dos Municípios de tributar para criar ISS" (ISS na Constituição e na Lei. São Paulo: Dialética, 2005).

e comunicação transmunicipal, ou de serviços que configurem operações financeiras ou industrialização. Neste sentido, o autor Jose Souto Maior Borges pontuou que não se deve descartar a tese de que "a listagem era exaustiva porque juridicamente exauria as possibilidades de composição de conflitos entre ISS e ICMS. Todavia, era ao mesmo tempo exemplificativa (para nos apegarmos à colocação tradicional), se visualizada sob o ângulo da própria competência impositiva municipal, que não pode ser limitada, mesmo parcialmente, e a *fortiori* totalmente, por via infraconstitucional, como equivocadamente se pretende".[102]

Embora todo o apreço pela doutrina relatada, parece-nos que a taxatividade da lista de serviços guarda maior afinidade com o sistema tributário nacional.

Segundo a partilha de competências assegurada constitucionalmente, *compete aos Municípios instituir e arrecadar os tributos de sua competência* (artigo 30, III); especificamente o *imposto sobre serviços de qualquer natureza* (artigo 156, III). Deste último comando, verifica-se com nitidez que o Texto Supremo exige que a lei complementar defina os serviços de qualquer natureza para que sejam susceptíveis de tributação.

Temos, portanto, uma legislação de caráter nacional para auxiliar na delimitação do critério material do ISS, indicando quais atividades se inserem nos limites de competências do Município, por certo, com observância da rígida demarcação constitucional de competências tributárias.[103] Oportuno, aqui, distinguir o ato normativo nacional, que é de relevância para todo o país (União, Estados, DF e Municípios), do ato normativo federal, de interesse da pessoa política de direito interno, denominada União.

A Carta Magna, ao estruturar a República Brasileira como sistema federativo de governo, além de atribuir autonomia aos entes federados, estabeleceu dupla função ao Presidente da República e ao Congresso Nacional: representar a União e, simultaneamente, a República federativa do Brasil. Por esta razão, a análise dos atos normativos nacionais e federais deve ser feita, não pela pessoa quem o expediu, mas pelo conteúdo para que seja possível desvendar o seu alcance.

Paulo de Barros Carvalho cita como maior exemplo de lei nacional àquela veiculada pela lei complementar prevista no artigo 146, da Constituição:

---

[102] BORGES, José Souto Maior. Aspectos Fundamentais da Competência Municipal para instituir o ISS (do Decreto-lei nº 406/68 à LC 116/03 – à memória de Geraldo Ataliba). In: HELENO, Manolo Taveira Tôrres. (Coord.). **Imposto sobre Serviços** – ISS na Lei Complementar n. 116/03 e na Constituição. Série Barão de Ramalho, Coleção de Direito Tributário, coordenador, Barueri, 2004, p. 37.

[103] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. Noeses, São Paulo, 2013, p. 777.

> Esta por introduzir no ordenamento normas de direito tributário, estende a sua eficácia a todas as pessoas políticas. Além deste dispositivo, diversos outros dizem respeito a conteúdos de relevância para toda a Nação brasileira, conferindo à lei complementar aquele papel de mecanismo de ajuste ao qual me referi a tratar especificamente do tema de Lei Complementar, calibrando a produção legislativa ordinária em sintonia com os mandamentos constitucionais.[104]

Neste mesmo sentido, interpretamos o artigo 156, III quando determina a exigência de lei complementar definidora dos serviços tributáveis: para que especifique ou delimite a extensão do significado "serviços de qualquer natureza". Definições são conceitualmente taxativas, pois explicam precisamente como algo é, à luz da sua significação. Sendo assim a tributação esbarra-se neste limite, mas nunca além dele.

O ISS tem em sua hipótese de incidência a prestação de serviços definidos em lei complementar, excluídos os de transporte interestadual e intermunicipal e os de comunicação. Por este motivo, fica o legislador municipal impedido de instituir o imposto sobre algo que não esteja compreendido no conceito de serviço, sob pena de afronta à supremacia constitucional.

Harmonizando tudo o que fora defendido ao longo deste trabalho, forçoso é que se identifique a aptidão das listas de serviços tanto para evitar conflitos de competência quanto para preservar a segurança jurídica. A realidade brasileira não permitiria aos milhares de municípios a liberdade para definir os serviços tributáveis, pelo que faz nascer a necessidade da legislação nacional - como é a Lei Complementar nº 116/03 – para harmonizar as atividades exigíveis, em conformidade com os desideratos constitucionais.

Apoiado nestas considerações, o Superior Tribunal de Justiça[105] pacificou posição acerca do caráter taxativo e exaustivo da lista de serviços, veiculada por lei complementar, devendo a ela subordinar-se a legislação municipal. Segundo a jurisprudência sedimentada pela Corte Superior, a lista não é exemplificativa, não se admitindo, em relação a ela, o recurso da analogia, visando a alcançar hipóteses de incidência distantes das ali elencadas.[106]

---

[104] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. Noeses, São Paulo, 2013, p. 777.

[105] AgRg no Ag 639.029/MG, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. em 8-3-2005, DJ de 18-4-2005, p. 222.

[106] TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. NÃO-INCIDÊNCIA. LISTA DE SERVIÇOS DO DL Nº 406/68, ALTERADO PELO DL Nº 834/69. TAXATIVIDADE. INCABIMENTO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. 1. Agravo regimental contra decisão que proveu o recurso especial da parte agravada. 2. Pacífico o entendimento nesta Corte Superior e no colendo STF no sentido de que a "lista de serviços" prevista no DL nº 406/68, alterado pelo DL nº 834/69, é taxativa e exaustiva, e não exemplificativa, não se admitindo, em relação a ela, o recurso da analogia, visando a alcançar hipóteses de incidência distantes das

O Supremo Tribunal Federal já havia firmado diretriz no sentido de ser *taxativa a lista de serviços*[107], embora admitisse interpretação ampla e analógica. Em síntese, a E. Corte sedimentou o posicionamento no sentido de que, em que pese a taxatividade quanto a sua enumeração, a lista de serviços admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a exigibilidade de serviços correlatos àqueles expressamente previstos. Bem ainda, esclarece a diferença entre o emprego da analogia, vedado pelo artigo 108, parágrafo primeiro do Código Tributário Nacional, e a interpretação analógica ou extensiva, que serve para desvendar o sentido, alcance e extensão da norma.

De um raciocínio mais apurado se percebe, ainda, que na hipótese de admitir o contrário, vale dizer, se a lista de serviços fosse exemplificativa ou sugestiva, os Municípios não necessitariam ater-se ao seu conteúdo, o que inevitavelmente daria ensejo à invasão do campo tributável reservado às outras pessoas políticas. Nessa linha, não é possível admitir a incidência do ISS sobre serviços que não estiverem expressamente previstos na lista anexa à lei complementar, e às respectivas listas de serviços Municipais, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade.

Com relação aos serviços bancários, a taxatividade dos itens da lista se impõe de igual forma, sendo imperioso afastar eventuais aplicações analógicas (CTN, art. 108, § 1º). Se essa atividade não está abarcada legalmente nos serviços sujeitos ao ISS, não cabe ao legislador municipal, nem ao aplicador da lei, discricionariamente, tentar sujeitá-la ao ISS, de forma contrária aos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

A Suprema Corte já afirmou a taxatividade da lista anexa no que se refere aos serviços bancários tributáveis pelo ISS[108], entendimento esse reiteradamente corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido da impossibilidade de tributação das atividades bancárias acessórias, notadamente em virtude da impossibilidade de ampliação do rol

---

ali elencadas, devendo a lista subordinar-se à lei municipal. Vastidão de precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, REsp 631563 / MG, Ministro José Delgado, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 13/12/2004)

[107] RE 77.183-SP – Rel. Min. Aliomar Baleeiro – Pleno – j. 19.4.74, *RTJ 73/490*

[108] AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. LEI COMPLEMENTAR N. 56/87. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. CARÁTER TAXATIVO. SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL. EXCLUSÃO. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. 2. O Supremo Tribunal Federal, estabelecida a compreensão de que a lista de serviços anexa à LC n. 56/87 é taxativa, fixou jurisprudência no sentido de que os itens ns. 44, 46 e 48, da citada lista, excluíram da tributação do ISS determinados serviços praticados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central. Não se teria, no caso, isenção heterônima --- o que é expressamente vedado pelo artigo 151, III, da CB/88 ---, mas sim hipótese de não-incidência do tributo municipal. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, Segunda Turma, RE-AgRg nº 464.844/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 09.05.2008).

taxativo previsto pela lista de serviços para fins de ISS.[109] Em sede de julgamento de Recurso Repetitivo, nos autos do Recurso Especial 1.111.234/PR, a Corte Superior reconheceu a taxatividade da lista de serviços e asseverou que a mesma admite interpretação extensiva. Nada obstante, deixou claro que tal interpretação extensiva não tem o condão de alcançar atividades cuja natureza (essência) não esteja prevista na lista. A interpretação extensiva só é admitida para alcançar atividades contratadas sob denominação diversa daquela que consta na lista; ou seja, o serviço, por sua natureza considerado, estava previsto na lista. Essa advertência está contida no voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, cuja transcrição é de grande valia:

> Nesta oportunidade é preciso registrar que embora não possa o STJ imiscuir-se na análise de cada um dos itens dos serviços, é preciso que as instâncias ordinárias, a quem compete a averiguação dos tipos de serviço que podem ser tributados pelo ISS, na interpretação extensiva, devendo-se observar que os serviços prestados, mesmo com nomenclaturas diferentes, devem ser perqueridos quanto à substância de cada um deles. Assim, a incidência dependerá da demonstração da pertinência dos serviços concretamente prestados, aos constantes da Lista de Serviços, como aliás o fez o acórdão recorrido. Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

Preocupado em dirimir possíveis controvérsias, o Superior Tribunal de Justiça, editou a Súmula 424, que dispõe, *in verbis*, ser "legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL 406/1968". Dentre os vários julgados proferidos

---

[109] TRIBUTARIO. ISS. SERVIÇOS ACESSORIOS PRESTADOS POR BANCOS. NÃO INCIDENCIA. LISTA ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68. TAXATIVIDADE. OS SERVIÇOS DE DATILOGRAFIA, ESTENOGRAFIA, SECRETARIA, EXPEDIENTE ETC. PRESTADOS PELOS BANCOS NÃO POSSUEM CARATER AUTONOMO, POIS INSEREM-SE NO ELENCO DAS OPERAÇÕES BANCARIAS ORIGINARIAS, EXECUTADAS, DE FORMA ACESSORIA, NO PROPOSITO DE VIABILIZAR O DESEMPENHO DAS ATIVIDADES-FIM INERENTES AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. A LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68 E TAXATIVA, NÃO SE ADMITINDO, EM RELAÇÃO A ELA, O RECURSO A ANALOGIA, VISANDO A ALCANÇAR HIPOTESES DE INCIDENCIA DIVERSAS DAS ALI CONSIGNADAS. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO, SEM DISCREPANCIA. (STJ, Primeira Turma, REsp nº 69.986-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 30.10.1995).
TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS ACESSÓRIOS PRESTADOS POR BANCOS. NÃO INCIDÊNCIA. LISTA ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68. TAXATIVIDADE. Os serviços bancários não incluídos na lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68 não possuem caráter autônomo, pois inserem-se no elenco das operações bancárias originárias, executadas, de forma acessória, no propósito de viabilizar o desempenho das atividades-fim inerentes as instituições financeiras. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68 é taxativa, não se admitindo, em relação a ela, o recurso a analogia, visando a alcançar hipóteses de incidência diversas das ali consignadas. Precedentes. Recurso improvido, sem discrepância. (STJ, Primeira Turma, REsp 192.635/RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 31.05.1999). No mesmo sentido, vide, ainda, REsp 463.109/SC, 1ª Turma, Rel. Min, Garcia Vieira, DJ 18.11.2002, bem como AgRg no REsp 763.985/MG, Primeira Turma, Rel. Min, Luiz Fux, DJ 31.05.2007.

sobre o tema, a Corte Superior tem sustentando a possibilidade de se admitir interpretação extensiva dos serviços já expressamente contemplados pela lista anexa à lei complementar.

Em razão das mais diversas nomenclaturas atribuídas às atividades praticadas pelas instituições financeiras (conforme o prestador dos serviços, o local, etc.), necessário se faz perquirir a real natureza do serviço prestado a fim de submetê-lo à incidência do ISS. Por tal razão, tendemos a concordar com o fato de que a aplicação da interpretação extensiva, seria justificada em casos específicos. No entanto, em outras hipóteses, poderá ser utilizada como meio arbitrário de se alcançar a tributação de atividades que não constituem prestação de serviço, o que não se pode admitir.

Dessa forma, torna-se ainda mais preeminente a necessidade de se verificar a natureza jurídica da atividade eleita para a incidência tributária, conquanto prevista na lista anexa à Lei Complementar.

A respeito da taxatividade e da possibilidade de interpretação extensiva, algumas conclusões podem ser inferidas: (i) a lista anexa à lei complementar é taxativa: para a incidência do ISS, faz-se necessária a correspondente previsão do serviço na lista anexa à lei complementar vigente à época do fato gerador; (ii) é necessário, também, que a lista anexa à legislação Municipal possua previsão legal correspondente, ou seja, que espelhe a previsão constante na lista anexa à lei complementar sem, contudo, desbordar seus limites; (iii) a despeito da previsão em lei complementar não é possível que a tributação via ISS recaia sobre o que serviço não o é, sob pena de ofensa ao arquétipo constitucional do tributo; e (iv) a possibilidade de interpretação extensiva dos itens congêneres não pode ferir o conceito constitucional de serviço.

Conforme já expomos anteriormente, a expressão “definidos em lei complementar” não autoriza conceituar como serviço o que serviço não o é. A lei complementar deve se limitar a definir (e não conceituar) ou a listar atividades que, inequivocamente, configurem serviços.

Assim, “será inconstitucional toda e qualquer legislação que pretenda ampliar o conceito de serviço constitucionalmente posto, a fim de atingir quaisquer outros fatos que não os contemplados pela competência constitucional outorgada aos Municípios”.

4 INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O DIREITO BRASILEIRO. DIÁLOGO ENTRE O DIREITO TRIBUTÁRIO E A REGULAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO

4.1 Contextualização do problema

As atividades bancárias consistem, basicamente, em captar e emprestar recursos. Mas para que haja o completo desenvolvimento das atividades financeiras que lhe são inerentes, os bancos realizam operações de crédito, ora na qualidade de devedor, ora na qualidade de credor, prestam efetivos serviços aos seus clientes, realizam operações acessórias que complementam o atendimento da operação final almejada e, simplesmente, realizam sequências de outras atividades em proveito próprio, imprescindíveis para a consecução do trabalho final.

Todas essas atividades, sobretudo por gerar receita e despesas, precisam da necessária escrituração contábil. Tais lançamentos, uma vez uniformizados, seguindo critérios de padronização, permitem aos profissionais que deles se utilizam – BACEN, contabilidade, auditoria, Fisco, dentre outros - maior clareza e facilidade à análise dos seus relatórios e informações extraídas e, até mesmo, maior controle das transações efetuadas, evitando-se fraude, desvios, já que os registros contábeis visam clarificar a real situação econômico-financeira da instituição.

No entanto, mesmo diante da padronização das informações contábeis das instituições, problemas são perceptíveis no âmbito da contabilização dos valores auferidos na prática de determinadas atividades bancárias. As operações de crédito e as prestações de serviços são registradas segundo o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro – COSIF, regulamentado pelo Banco Central. Ocorre que, muitas vezes, os valores registrados nas contas relacionadas não espelham a real natureza do evento econômico praticado. Para fins contábeis a receita auferida nem sempre possuirá os mesmos fins almejados pela tributação.

Cumpre, assim, fazer uma análise das normas que imperam no Sistema Financeiro Nacional, tecendo um paralelo entre a contabilidade e o direito tributário, para fins de identificar os pontos de aproximação e distanciamento entre esses institutos.

4.2 Sistema Financeiro Nacional e normas regulatórias

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a separação entre a Ordem Econômica e a Ordem Social e, como parte da Ordem Econômica, disciplinou em seu artigo 192, o Sistema Financeiro Nacional, estruturado de modo a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito.

O Sistema Financeiro Nacional é composto por um conjunto de instituições financeiras públicas e privadas e tem como órgão normativo máximo o Conselho Monetário Nacional (CMN). Por meio do Sistema Financeiro viabiliza-se o fluxo monetário entre aqueles que poupam e aqueles que investem. É regulado por leis complementares que dispões, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. Ao longo do tempo essa estrutura evoluiu afim de possibilitar que o Sistema Financeiro Nacional cumprisse com seu objetivo, que é facilitar a transferência de recursos entre os agentes superavitários (aquele que disponibiliza), e os agentes deficitários (aqueles que não possuem recursos). Vejamos um breve esforço histórico sobre o tema.

Em 1920, foi criada a Inspetoria Geral de Bancos. Não se trava de órgão regulatório, tampouco destinado à normatização e ao controle do mercado financeiro. Sua função era, basicamente, fiscalizar o exercício das instituições financeiras.

Em 1945, o governo do presidente Getúlio Vargas, por meio do Decreto nº 7.293, criou a Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc), que tinham como funções imediatas a necessidade de controlar o mercado financeiro e combater a inflação que, à época, ameaçava o país, bem como preparar o cenário para a criação de um banco central. Além de supervisionar a atuação dos bancos comerciais, orientar a política cambial e representar o País junto a organismos internacionais, a Sumoc tinha a responsabilidade de fixar os percentuais de reservas obrigatórias dos bancos comerciais, as taxas do redesconto e da assistência financeira de liquidez, bem como os juros sobre depósitos bancários.

Em 1952, foi fundado o atual Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). O BNDES é uma autarquia federal criada em uma época em que o Brasil alavancava as suas obras de infraestrutura, ferrovias, energia e portos. Colaborou com investimentos fundamentais para o desenvolvimento setorial da economia. Atualmente, o BNDES vem promovendo a diminuição dos desequilíbrios regionais, incentivando a integração das atividades agrícolas, industriais e de serviços, o crescimento das exportações e o fortalecimento do sistema de bancos de desenvolvimento.

Com a edição da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, também chamada de Lei da Reforma Bancária, algumas mudanças significativas foram verificadas. Logo em seu artigo primeiro, dispôs-se sobre a composição do Sistema Financeiro Nacional, ora integrado pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S. A, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e pelas demais instituições financeiras públicas e privadas.

Nesse cenário, a Superintendência da Moeda e do Crédito cedeu espaço para o Conselho Monetário Nacional, órgão colegiado, formado pelos Ministérios da Fazenda, Planejamento e pelo Banco Central, eminentemente normativo e que tem como principais funções orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras, propiciando condições favoráveis ao desenvolvimento da economia e coordenar as políticas monetárias, orçamentária, creditícia, fiscal e da dívida pública.

Com a edição da referida Lei, foi criado Banco Central do Brasil (Bacen), autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda e integrante do Sistema Financeiro Nacional. Exercendo o papel de "banco dos bancos"[1], o Bacen tinha como finalidade garantir a estabilidade do poder de compra da moeda nacional, fiscalizando e intervindo no mercado financeiro e concedendo autorização de funcionamento às instituições financeiras no país ou no exterior.

Ao final de 1964 e início de 1965, foi criado o Sistema Financeiro de Habitação, cujo principal operador era o Banco Nacional da Habitação, extinto em 1986, e suas atribuições repassadas para a Caixa Econômica Federal. No mesmo ano, foi editada a Lei 4.728/65, que estabeleceu normas relativas ao mercado de investimentos.

Já em 1976, com a edição da Lei 6.385/76f, foi criada a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Em 1985 foi promovido o reordenamento financeiro governamental com a separação das contas e das funções do Banco Central, Banco do Brasil e Tesouro Nacional. Em meados de 1986, com o encerramento da conta movimento do Banco do Brasil perante o Banco Central, iniciou-se o processo de transferência de todas as atribuições de autoridade monetária responsável pela emissão de moeda ao Banco Central. A constituição dos "Bancos Múltiplos" – possibilidade de uma mesma pessoa jurídica operar com mais de uma carteira comercial – foi autorizada em 1988. Por fim, em 1995, foi instituído o Programa de Estimulo à Reestruturação do Sistema Financeiro Nacional, cujo principal objeto era assegurar a

[1] http://www.bcb.gov.br/pre/Historia/HistoriaBC/historia_BC.asp

liquidez e solvência do Sistema Financeiro Nacional e resguardar os interesses dos depositantes e investidores.

São três os subsistemas que compõem o Sistema Financeiro: (i) o Subsistema Normativo Supervisores é responsável pelo desenvolvimento, fiscalização e funcionamento do mercado financeiro, fazendo cumprir as normas estabelecidas na política financeira e monetária do país. As instituições que compões esse sistema são: Conselho Monetário Nacional (CMN), Conselho Nacional de Seguros Privado, Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGCP), Secretaria da Previdência Complementar (SPC), Banco Central do Brasil (BACEN), Comissão de Valores Mobiliários (CVM); (ii) o Subsistema Operativo é formado pelas instituições jurídicas públicas ou privada que tem como finalidade principal promover a arrecadação, intermediação ou aplicação dos recursos financeiros próprio ou de terceiros em moeda nacional ou estrangeira e a custódia de valores de terceiros. Fazem parte do subsistema operacional os Bancos Comerciais, Bancos Múltiplos, Cooperativas de Crédito e a Caixa Econômica Federal; por fim, (iii) o Subsistema das Instituições Financeiras Não Bancárias, constituído pelas instituições que operam com ativos financeiros não monetários, isto é, não emitem moedas ou meio de pagamento como fazem os Bancos. São elas: Agencia de Fomento, Associação de Poupança e Empréstimo, Companhias Hipotecárias, Cooperativas Centrais de Crédito, Bancos de Investimentos, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES).

Nos interessa, sobretudo, a análise do Subsistema Operativo, formado pelas instituições financeiras monetárias[2], que englobam os Bancos Comerciais, Bancos Múltiplos com Carteira Comercial, Caixas Econômicas, Cooperativas de Crédito e Bancos Cooperativos.

Trata-se de entidades que ocupam papel importante perante o Sistema Financeiro Nacional, em razão da atividade financeira realizada, atividade de mercado que envolve trocas, compras, vendas e aplicações de dinheiro e, para os fins que nos interessa, papel de destaque no cenário tributário, em razão dos indesejáveis conflitos de competência verificados. E, não menos por isso que, com razão preleciona Elidie Bifano que *o poder do*

---

[2] "Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer dessas atividades, de forma permanente ou eventual" (FERREIRA, Ricardo J. **Contabilidade de instituição financeira.** 2. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2013, p. 3).

mercado financeiro, suas operações e o fruto que delas advém, têm reflexos profundos na economia, nos comportamentos sociais e políticos e, por consequência, nas assim chamadas áreas do direito, especialmente na área do Direito Tributário.[3]

4.3 A tributação das operações financeiras

No que tange ao campo da tributação, a Constituição Federal Brasileira é extensa e minuciosa. O legislador constituinte não se limitou a positivar uma série de princípios que devem reger a criação e a cobrança de tributos no Brasil. Dispôs, outrossim, de uma vasta gama de regramentos, balizadores da atuação do legislador infraconstitucional.

O Texto Constitucional de 1988 disciplinou, de forma rigorosa, o exercício das competências tributárias, retirando a faculdade do legislador ordinário definir, ao seu critério, o alcance das normas jurídicas que criam tributos. A referida circunstância consiste no que a doutrina pátria denomina de "sistema rígido de distribuição de competências tributárias" e, nesses termos, já se manifestava o Nobre Professor Geraldo Ataliba:

> O sistema constitucional brasileiro é o mais rígido de quantos se conhece, além de complexo e extenso. Em matéria tributária tudo foi feito pelo constituinte, que afeiçoou integralmente o sistema, entregando-o pronto e acabado ao legislador ordinário, a quem cabe somente obedecê-lo, em nada podendo contribuir para plasmá-lo.[4]

Das lições do autor pode-se inferir que a Constituição Federal traçou limites para o exercício da competência tributária, deixando ao legislador infraconstitucional, tão somente, a possibilidade de atuar sobre seus ditames, sem extrapolar os limites impostos para a tributação. Assim, a criação de tributo é permitida, tão-somente, ao ente federativo cuja competência tenha sido outorgada pela Constituição Federal, nos moldes por ela estabelecidos. É vedado, portanto, que qualquer outro ente, que não aquele previsto pela Carta Maior, legisle ou institua tributo, ou o faça diversamente do arquétipo tributário delineado, sob pena de ofensa ao pacto federativo e à própria Constituição Federal. Somente a União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência tributária. Somente essas

---

[3] BIFANO, Elidie Palma. **O mercado financeiro e o imposto sobre a renda**. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Tributário à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, PUC, 2006, p. 76.

[4] ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 21.

pessoas de direito público podem criar tributos (imposto, taxas, contribuições, empréstimos compulsórios e contribuições de melhoria).

A repartição da competência tributária tem como traço característico a outorga com exclusividade a cada ente federado, o que significa dizer que, a atribuição de modo privativo, exclusivo, excludente, da competência tributária a uma das pessoas político- constitucionais implica proibição peremptória para exploração desse campo tributário por outro ente. E, justamente por isso que, Roque Carrazza[5] afirma com precisão que as normas que instituem competência tributária encerram duplo comando: habilitam a pessoa política contemplada – e somente ela – a criar, querendo, um determinado tributo e proíbem as demais de virem a instituí-lo.

No tocante, especificamente, aos Municípios, da leitura do artigo 156 da Constituição Federal observa-se a outorga expressa de competência para criação, dentre outros, do imposto sobre "serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar". Vê-se, portanto, que se por um lado é restrita a competência dos Municípios para instituir tributos, por outro, é inequívoca a incompetência de quaisquer outros entes federado para legislar sobre as mesmas materialidades impositivas.

A delimitação do conceito de serviço tributável requer, portanto, que o início da construção se dê no plano constitucional. E com base nessas premissas, sinteticamente e com muita sabedoria, Aires F. Barreto[6] definiu serviço tributável como o desempenho de atividade economicamente apreciável, sem subordinação, produtiva de utilidade para outrem, sob regime de direito privado, com fito de remuneração, não compreendido na competência de outra esfera do governo.

Portanto, em se tratando de ISS, deve-se verificar, tão somente, se houve, de fato, uma prestação de serviço (prevista na lista), da perspectiva jurídica, isto é, à luz da legislação constitucional e infraconstitucional vigente. Esse é o critério a ser considerado para se concluir pela incidência ou não do ISS.

A partir de tais conclusões, pode-se entender que a construção do conceito de serviço tributável para fins de incidência de ISS exige a análise pormenorizada dos termos prestação e serviço, para que se possa delimitar o campo de atuação do tributo e evitar possíveis conflitos de competência ou, ainda, hipóteses de bitributação.

---

[5] CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 255

[6] BARETO, Aires F. **ISS na Constituição e na lei**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 35-36.

É diante desse cenário que a determinação da abrangência do campo material da competência privativa em matéria de ISS e IOF exigirá, preliminarmente, meditação centrada sobre os termos prestação de serviços e operações de crédito, tal como constitucionalmente pressupostos.

Não obstante tais considerações, o campo da tributação reservado às atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras ainda gera excessivas discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Ocorre que, as instituições financeiras, estão legalmente obrigadas à satisfação de diversos tributos e notadamente com relação às operações de crédito por si realizadas, verifica-se inegável conflito de competência por parte do Fisco Municipal e Federal que, na sanha arrecadatória, pretendem que o mesmo fato presuntivo de riqueza, ou seja, o mesmo evento econômico, seja tributado pelo ISS, como se prestação de serviços fosse, e, ainda, pelo IOF, considerando se tratar de operação financeira.

Em verdade, a União dedica poucos esforços para uma tributação precisa e eficaz entorno do IOF, permitindo, consequentemente, que os Municípios desbordem seu campo de competência, pretendendo uma tributação sobre operações que não configuram verdadeiras prestações de serviços. Daí surgem os conflitos de competência tributária e, até mesmo, os casos de dupla tributação, veementemente rechaçados pelo nosso ordenamento jurídico.

É diante deste cenário de insegurança na tributação, que o contribuinte tenta se valer de diversos meios, com o fim de aclarar as operações por si realizadas, no sentido de comprovar a real sujeição tributária.

Torna-se necessário, portanto, investigar a natureza jurídica das receitas contabilizadas, sejam elas referentes a prestação de serviços, a meros ingressos, a reembolsos e, ainda, a operações creditícias propriamente ditas, para fim de oferecê-las à correta tributação.

Utilizando-se com certa liberdade[7] de nomenclaturas e rubricas próprias, as Instituições Financeiras organizam seus registros contábeis, inserindo nas diversas contas, subcontas e subtítulos do Plano de Contas COSIF (Plano de Contas da Contabilidade Sintética das Instituições Financeiras), diferentes tipos de receitas.

---

[7] Falamos em "certa" margem de liberdade pois, a despeito da possibilidade de organização interna de seus registros contábeis, as Instituições Financeiras estão adstritas ao Plano de Contas COSIF, regulamentado pelo Banco Central.

Considerando a diversidade dos registros contábeis, bem como a possibilidade de não ser especificado de maneira inequívoca o tipo de receita lançada, compete ao Fisco, quer seja Federal, quer seja Municipal, pesquisar e examinar pormenorizadamente as referidas contas, para fim de oferecer a correta tributação a título de ISS ou IOF.

Nada obstante, o resultado de tal análise não pode ser obtido de maneira discricionária, tampouco permitir intepretação irrestrita das receitas contabilizadas. Os principais óbices verificados dizem respeito à esfera de competência tributária atribuída a cada ente político e, ainda, ao princípio da taxatividade da lista de serviços.

Em que pese o pressuposto de veracidade dos registros contábeis efetuados no Plano de Contas apresentado pelas Instituições Financeiras, a Administração Pública, diante da dificuldade de identificar nas referidas contas a prestação de serviço passível de tributação pelo ISS, argumenta que a Contabilidade Sintética das Instituições Financeiras (COSIF) foi criada com o intuito de permitir ao Banco Central um controle operacional das Instituições Financeiras e não para que os Municípios e a União obtivessem informações precisas das contas para fim de aplicar a tributação adequada.

Sustenta, a Fazenda Pública Municipal, que os serviços prestados pelos Bancos não se restringem aos relacionados em determinados itens da lista de serviços, a qual, no seu entendimento, comporta interpretação ampla e analógica. Para a verificação do fato imponível previsto na lei como hipótese de incidência tributária, irrelevante seria sua classificação como atividade meio ou atividade fim.

Dentre as possíveis rubricas, podem-se citar algumas que têm causado certas indagações no que diz respeito à incidência tributária, quer seja do ISS, quer seja do IOF.

A concessão do crédito, atividade financeira preponderante das Instituições Bancárias, possui como contrapartida a remuneração do capital ofertado pelo Banco aos seus clientes, na forma de juros e demais contraprestações avençadas. Notadamente por se tratar de entrega de capital com promessa de futura devolução em contratos de mútuo, essas contraprestações que advêm do crédito concedido aos clientes levam em conta não só o valor efetivamente entregue, mas também o risco assumido pela instituição financeira em tais operações ao disponibilizar capital. A assunção do risco, em algumas situações, tem como contrapartida o pagamento de uma tarifa e/ou comissão.

Uma das operações que têm causado certa inquietação diz respeito aos valores que ingressam ingressados nos caixas das Instituições Financeiras a título de concessão de crédito em caráter excepcional. Esta espécie de operação financeira é comumente denominada de “Adiantamento a Depositantes”, configurando o provimento de fundos à

descoberto ou disponibilização de limites ou, ainda, a quitação antecipada, em caráter extraordinário, que possibilita ao correntista evitar seu inadimplemento frente a seus credores. Intrínseca à operação principal de concessão do crédito em caráter excepcional, as Instituições Financeiras realizam, também, a atividade acessória de análise financeira para aprovação do crédito. Tal atividade não tem caráter autônomo, não é prestada para terceiro e não subsiste sozinha.

Desprezando o arquétipo constitucional do tributo e os limites de sua competência, os Fiscos Municipais têm considerado como tributável as contas que alocam valores a título de Adiantamento a Depositantes. Em razão da existência de duas atividades intrínsecas à operação, aparentemente separáveis, a teor do quanto dispõe o item 15.08 da Lei Complementar 116/20036, os Municípios pretendem que duas receitas distintas sejam tributadas: (i) os valores alocados na subconta que recebe a remuneração sobre os juros referentes à entrega do dinheiro para o cliente que se encontra desprovido de fundos; e (ii) os valores registrados na subconta que contabiliza a tarifa pela extrapolação do limite de crédito.

A análise da incidência tributária sobre a operação requer, primeiramente, a verificação da natureza jurídica dos valores que ingressam nas contas da empresa, em paralelo com os conceitos constitucionalmente postos. Para alcançar tais conclusões é necessário o exame pormenorizado da atividade

Outra atividade comumente realizada e que, igualmente, causa debates no âmbito tributário, cinge-se aos valores auferidos pelas Instituições Financeiras Credenciadas na operação de financiamento de linha de crédito do BNDES. Tais receitas recebem o nome de Remuneração da Instituição Financeira Credenciada. Trata-se de operação complexa de financiamento em que os Bancos, na qualidade de Agentes Financeiros, operam junto ao BNDES na operação de concessão de crédito e, para tanto, auferem valores que representam o risco do crédito assumindo.

Em seus registros contábeis, as Instituições Financeiras contabilizam o custo total do financiamento, que será composto pela junção de determinadas rubricas, assim discriminadas: (i) custo financeiro; (ii) remuneração do BNDES; (iii) taxa de intermediação financeira; e (iv) remuneração da instituição financeira credenciada. Do valor global da operação, os Bancos fazem jus, tão somente, à Remuneração da Instituição Financeira

Credenciada; as demais rubricas são repassadas ao BNDES, não sendo incorporados ao patrimônio da Instituição Financeira.

Considerando os itens 15.068 e 15.08 da Lei Complementar 116/2003, as Fazendas Municipais pretendem que a tributação via ISS recaia, na maioria dos casos, sobre as receitas que ficam em posse da Instituição (Remuneração da Instituição Financeira Credenciada). Convém, assim, a análise da natureza dos referidos valores e da incidência pretendida.

Noutro plano, encontramos, também, as receitas denominadas pelas Instituições Financeiras como "Tarifas Interbancárias", as quais representam valores decorrentes da realização de pagamentos e recebimentos existentes entre os bancos integrantes do Sistema de Compensação Nacional, incidentes sobre documentos de crédito.

Em razão do quanto dispõe o item 15.16 da Lei Complementar 116/20039, tais receitas acabam sendo, ao nosso ver, equivocadamente enquadradas como prestação de serviço e sofrendo a incidência do imposto de competência Municipal. É possível defender a inexistência de prestação de serviços tributável entre Instituições Financeiras, uma vez que a compensação aludida constitui atividade meio indispensável para operar o depósito bancário, já que somente com sua conclusão é que o depositante passa a ostentar o direito creditício correspondente. Dessa forma seria possível sustentar que as compensações realizadas entre bancos, evolvendo cheques e depósitos, constitui atividade acessória ao depósito bancário, impondo-se, inclusive, aplicação da Súmula 588 do Supremo Tribunal Federal10. Assim, seja por constituir mera atividade meio, seja por constituir atividade inerente ao depósito, sobre as receitas contabilizadas pelas Instituições Financeiras a título de tarifa interbancárias, não poderíamos falar na cobrança de ISS.

As Instituições Financeiras auferem, também, valores advindos de emissão de garantia, ou seja, receitas provenientes de garantias bancárias – aval, fiança, dentre outras – emitidas pelos Bancos, contratadas por pessoas físicas ou jurídicas para a realização de negócios, cujo beneficiário é o terceiro indicado pelo contratante. Tais receitas são comumente denominadas de garantias prestadas. Para realização da operação financeira que envolve a emissão de garantia, ou seja, nítida obrigação de dar, as Instituições Financeiras atuam como garantidoras da operação, é dizer, garantem o cumprimento e a concretização do negócio, auferindo contraprestação financeira em razão do risco assumido.

No que diz respeito ao contrato de fiança, segundo previsto no artigo 818 do Código Civil, "uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra". Já no pacto de aval, o avalista assegura o pagamento de um título em prol do devedor principal ou de um coobrigado (avalizado). Dessa forma, assumindo a figura de fiador, o Banco cede toda a sua credibilidade e solidez financeira para viabilizar a celebração de negócios jurídicos do afiançado com terceiros, assumindo, perante estes, a

obrigação de quitar a dívida em caso de inadimplemento daquele. Veja-se que, a contrapartida pecuniária auferida pelas Instituições Financeiras pela assunção do risco é oriunda da garantia ajustada entre fiador e afiançado e representativa de uma obrigação de dar dinheiro para quitar dívida assumida, não se relacionando, portanto, com qualquer obrigação de fazer, que é a materialidade do ISS. Dessa forma, quer nos parecer que sobre a atividade em questão – emissão de garantia – não poderia se falar em incidência do imposto de competência municipal.

Outra discussão que demanda atenção acerca da possibilidade de incidência do ISS e respectiva base de cálculo, diz respeito à prerrogativa das Instituições Financeiras de contratar livremente com seus clientes o preço exigido pelas atividades prestadas. Os Bancos oferecem a determinados clientes preços diferenciados com relação àqueles oferecidos aos demais clientes, conforme a liberdade de contratação das partes. O preço contratado será a receita da prestação do serviço quando este for prestado, e nada mais.

Por entender que a referida situação se assemelha com a assunção de negócio jurídico sujeito a evento futuro incerto (concessão de descontos condicionados), os Municípios têm pretendido a exigência do ISS sobre a diferença existente entre os preços fixados. Nesse cenário, algumas questões se mostram sobre o tema: (i) trata-se de preços diferenciados concedidos a clientes ou descontos condicionais? (ii) caso fossem considerados descontos, poderíamos considerá-los incondicionados? (iv) ainda que fossem considerados descontos condicionados, é possível afirmar que sua tributação constituiria afronta aos artigos 146, III, ‘a’ e 156, III, ambos da CF e artigo 7º da LC 116/03, porque representaria desvirtuamento da base de cálculo do ISS? Uma das perspectivas possíveis de resolução do tema poderá ser vista à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 567.935.

Por fim, encontramos os valore contabilizados pelos Bancos a título de ressarcimento de custos internos. A depender da nomenclatura dada à conta que abriga tais valores, os Fiscos Municipais desprezam o fato de se tratar de reembolso de despesas e acabam por tributar as rendas decorrentes. No tocante a tais ingressos, propomos, igualmente, não se tratar de custos e despesas necessárias à prestação de serviços. Trata- se de meros ressarcimentos, que não configuram serviço tributável.

Com base em tais considerações, mostra-se imprescindível a investigação da natureza das atividades realizadas pelas instituições financeiras, para fins de aferir a tributação mais adequada sobre as mesmas.

4.4 Tributação da receita

Tomemos a Constituição Federal como base para qualquer trabalho hermenêutico. É fundamental que o intérprete sobre ela se debruce, como ponto partida, para construção das normas postas no sistema.

Ao fazer referência aos mais diversos institutos, o constituinte tinha consciência que operava com expressão dotadas de significados, capazes de retratar a realidade que particularizava a natureza de cada uma das entidades mencionadas. Não foi por outra razão que deixou o constituinte de esmiuçar alguns vocábulos ou qualificar as notas determinantes destes institutos. Alguns conceitos já teriam sido experimentados por outras ciências, restando amadurecidos na linguagem jurídica.

Minatel assevera que não foi diferente o trabalho trilhado pelo constituinte no campo da tributação, que ocupou-se em descrever as realidades detentoras de substrato econômico passíveis de suportarem a incidência de tributos.[8]

É nesse contexto que analisamos o conceito de receita, confirmando a existência de um conceito constitucional pressuposto.[9] Conclusão diversa implicaria aceitar um amplo campo de autonomia conferida ao legislador ordinário para tratar do tema. Admitir tal possibilidade põe em risco o rígido sistema de repatriação de competências tributárias, sobretudo quando os limites dos conceitos constitucionais predefinidos para a incidência da norma, são desbordados.

Utilizando-se do método hermenêutico é possível extrair da Constituição de 1988 a norma geral e abstrata, demarcando o conceito de receita. Essa análise encontra limites semânticos e balizas definidas pelos ditames do artigo 110 do Código Tributário Nacional.

O vocábulo receita pode ser empregado de diversas formas, com o objeto de cumprir funções igualmente diversas, sobretudo quando tratado por outros ramos do direito. Um exemplo disso é o conceito de receita ligado a ingresso financeiro (perspectiva constitucional); outro ao resultado da entidade empresarial (lei societária); ou, ainda, ao cotejo entre custos e despesas para elaboração das demonstrações financeiras (ciências contábeis), dentre muitos outros.

---

[8] MINATEL, José Antonio. **Conceito de receita e implicações tributárias**. II Congresso nacional de estudos tributários: Segurança jurídica na tributação e estado de direito. São Paulo: Noeses, 2004, p. 752.

[9] A partir de uma leitura sistemática do artigo 195, inciso I, alínea ‘b’ da Carta Constitucional, verificamos o vocábulo ora sob análise sob a perspectiva do negócio jurídico que evidencia capacidade econômica revelada por ingresso financeiro.

Para se buscar um conceito é necessário colocar em confronto as diversas materialidades utilizadas pelo constituinte da atribuição de competência e, com sabedoria, Minatel propõe:

> De outros confrontos realizados, diga-se em rápido discurso que receita e lucro/renda são signos comunicativos de diferentes realidades, quer quanto ao conteúdo material que representam, quer quanto ao critério temporal para sua aferição. Enquanto conteúdo material que representa a receita pode ser aferido na concreção de cada negócio jurídico isolado (instantâneo), e corresponde ao ingresso pelo recebimento pelo valor que remunera esforço ou atividade no contexto das operações mercantis praticadas pelas pessoas jurídicas (vendas de mercadorias ou de serviços), ou remunera direitos temporariamente cedidos a terceiros (juros, royalties, aluguel), o conteúdo material que identifica a renda das pessoas jurídicas – lucro – só pode ser extraído ao termino de um determinado período de tempo (compassado, periódico), pelo necessário confronto de uma multiplicidade de eventos revelados por negócios jurídicos de conteúdo individuais antagônicos (receitas e custos).[10]

Em conclusão, assevera o autor que receita se revela pela natureza de cada ingresso, ao passo que o lucro, revela-se pelo resultado positivo que acresce ao patrimônio, perdendo identidade o ingresso que contribui para sua materialização. Trata-se de atributos necessários, a partir dos quais é possível identificar a materialidade receita, para os fins que nos interessam, tanto no ingresso que remunera o negócio jurídico relacionado com serviço, quanto no ingresso que visa remunerar o negócio jurídico atrelado a investimentos (juros).

Em linhas gerais, duas sãos as entradas realizadas pelas empresas: ingressos e receitas. Mais precisamente, os ingressos financeiros são gênero, do qual as receitas são espécies.

Ingressos financeiros, para as Ciências das Finanças denominados de movimentos de fundos de caixa, representam, sob a perspectiva jurídica, todo o dinheiro que entra nos cofres das empresas, a que título for. Inclui-se no seu conceito tanto as receitas, quanto os valores diversos pertencentes a terceiros, que deste integram o patrimônio e a este serão repassados. Representam mero trânsito de valores, porque não importam qualquer modificação ou incremento de patrimônio. Somente irão configurar efetivas receitas, quando dotados do atributo da definitividade. Quando ingressam no caixa da empresa a título precário e temporariamente, os ingressos financeiros não tem o condão de assegurar a disponibilidade

---

[10] MINATEL, José Antonio. **Conceito de receita e implicações tributárias**. II Congresso nacional de estudos tributários: Segurança jurídica na tributação e estado de direito. São Paulo: Noeses, 2004, p. 756.

e titularidade dos recursos financeiros, atributos necessários à caracterização do status de receita.

Com maestria e clareza na exposição, Geraldo Ataliba sustenta que

> o conceito de receita refere-se a uma espécie de entrada. Entrada é todo dinheiro que ingressa nos cofres de determinada entidade. Nem toda entrada é receita. Receita é a entrada que passa a pertencer à entidade. Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha a integrar o patrimônio da entidade que as recebe. As receitas devem ser escrituradas separadamente das meras entradas. É que estas não pertencem à entidade que as recebe. Têm caráter eminentemente transitório. Ingressam a título provisório, para saírem, com destinação certa, em breve lapso de tempo.[11]

Ao dissecar o conceito de receita, bem assim as notas determinantes que a qualificam, sob a perspectiva da lei tributária, Minatel[12] propôs o conteúdo da realidade econômica apto a suportar a incidência de Contribuição para o Custeio da Seguridade Social. O (i) conteúdo material representa o ingresso de recursos financeiros no patrimônio da pessoa jurídica. A (ii) natureza do ingresso deverá ser vinculada ao exercício da atividade empresarial, assim como a (iii) a causa do ingresso deverá estar atrelada à contraprestação em negócio jurídico que envolva a venda de mercadorias ou a prestação de serviços, assim como a cessão onerosa e temporária de bens e direitos e pela remuneração de investimentos. Por fim, em função das particularidades operacionais de cada empresa, deverá ser feita a (iv) mensuração instantânea do ingresso, ou seja, avaliação isolada em cada evento, abstraindo-se dos custos e de periodicidade para a sua apuração.

Ainda que sob a perspectiva da Contribuição para o Custeio da Seguridade Social, entendemos que o estudo proposto é perfeitamente aplicável e subsumível aos tributos que ora se analisa: Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza e Imposto sobre Operações de Crédito. Estamos diante de notas claramente definidas para a compreensão, aplicação e conceituação do conteúdo de receita, por meio das quais podemos excluir alguns ingressos nos caixas das empresas que, via de regra, almejam constituir "efetivas receitas" para fins tributários. Nesse tocante convém, mais uma vez, ressaltar que, o conceito de receita para fins tributários não pode ser equiparado ao conceito de receita para fins contábeis. Não obstante o registro dos valores contabilmente, os quais buscam refletir a natureza dos ingressos, é certo que o registro contábil não atribui natureza ao evento econômico.

---

[11] ATALIBA, Geraldo. **ISS – Base Imponível – Estudos e pareceres de direito tributário.** vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 85 e 91.

[12] MINATEL, José Antonio. **Conteúdo do conceito de receita e regime jurídico para sua tributação.** São Paulo: MP Editora, 2005, p. 124.

É nesse cenário que precisamos separar alguns valores que ingressam no caixa das empresas, sobretudo das instituições financeiras, das receitas efetivas, base de cálculo dos tributos que ora se analisa.

As recuperações de custos ou despesas são exemplos de ingressos financeiros que não podem ser qualificados como receitas. Trata-se de meros ressarcimentos de custos, recebidos com função de reembolsar a despesa ou custo anteriormente suportado pela empresa. Ingressos que não revelam qualquer contraprestação por exercício de atividade, tampouco remuneração em negócios jurídicos travados e que não podem, portanto, configurar "receitas" para fins tributários.

Outros são os exemplos dos valores que ingressam no caixa das empresas e que não configuram receita, para fins tributários. Sem nos ater ao tema, citamos, como exemplo, a restituição de tributos, os descontos obtidos e as bonificações, a variação cambial, doações recebidas, subvenções governamentais, perdão de dívida, adiantamento de cliente e, como já dissemos, receita de titularidade de terceiros.

Concluímos com as sábias palavras de Aires F. Barreto para quem somente as efetivas receitas podem configurar a base imponível do ISS, por serem representativas de incremento patrimonial: "Só elas remuneram a prestação de serviços. Só elas representam o preço dos serviços só elas correspondem à prestação de serviços. Só elas representam o pagamento da prestação contratual consubstanciada no negócio jurídico que tem o serviço por objeto".[13]

Vejamos, então, algumas notas sobre as Ciências Contábeis e a contabilidade das instituições financeiras sobretudo pela força que exerce sobre as questões de índole tributária.

4.5 Ciências contábeis e a contabilidade bancária

As ciências contábeis, como ciências sociais aplicadas, têm por objeto o estudo de métodos úteis para mensurar o patrimônio e a renda das pessoas físicas e jurídicas[14]. A ideia é registrar e avaliar todos os eventos econômicos que produzem efeitos patrimoniais. É um

[13]BARRETO, Aires F. **Curso de direito tributário municipal.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 391.

[14] A contabilidade moderna foi criada pelo frei italiano Luca Pacioli, autor da obra "Tratactus de Computis et Scripturis", publicada em 1494, que introduziu o método das partidas dobradas ("débito e crédito"), utilizado até hoje pelos contabilistas.

fenômeno social que responde às demandas do ambiente em sua complexidade, adaptando-se às demandas da sociedade e sofrendo força do processo de convergência internacional.

Em sua composição básica (plano de contas), a contabilidade se mostra através do Ativo (bens e direitos), Passivo (obrigações da sociedade perante terceiros) e Patrimônio Líquido (obrigações da sociedade perante os sócios/acionistas).

Para Alexsandro Broedel e Roberto Quiroga[15] a contabilidade, na sua essência, se resume a um processo composto por três etapas. Como um ato de interpretar a realidade, a primeira fase, compreende o (i) reconhecimento, onde o contabilista, ao se deparar diante de um evento econômico, o registra numas ou noutras contas da contabilidade, observando-se o método das partidas dobradas (a todo débito corresponde um crédito de igual valor). Trata-se da classificação da ação de natureza econômica, definição qualitativa (como exemplo, mencionamos os ativos, as despesas e as receitas). A segunda fase, ainda sob a perspectiva do ato de interprestar, compreende a (ii) mensuração, ou seja, a atribuição de valor econômico ao evento econômico colhido pela contabilidade, a definição da base de mensuração (a título de exemplo, citamos a base de cálculo da depreciação versus os ativos fixos devem ser mensurados pelo custo histórico ou pelo custo corrigido). Já como um ato de retratar a realidade, a terceira fase se mostra pela (iii) evidenciação, ou seja, pela demonstração para agentes externos do processo de reconhecimento e mensuração. Nesta última fase do processo, a contabilidade retrata ao público interessado a "realidade" patrimonial da entidade. Poderá haver evidenciação sem reconhecimento e mensuração e vice-versa.[16]

As etapas do processo contábil são influenciadas pelo regime jurídico. A fase de Reconhecimento será influenciada pelo contrate entre visão econômica e a visão jurídica da contabilidade. Tomamos como exemplo o reconhecimento de um ativo que somente ocorre quando a entidade possuir o controle legal deste (no caso do leasing, a operação figura como ativo no balanço da empresa arrendadora e não no da arrendatária, posto que a última não possui a propriedade jurídica do bem). O processo inverso ocorre nos Estados Unidos e na Inglaterra, em face do controle econômico que a arrendatária tem sobre o bem. Na etapa da Mensuração haverá a influência do governo – edição de leis, decreto, normas – na regulação

---

[15] LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga. Direito Contábil - Fundamentos Conceituais, Aspectos da Experiência Brasileira e Implicações. In: **Controvérsias jurídico-contábeis**: aproximações e distanciamentos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 56-81.

[16] Um exemplo prático das três fases é a marca empresarial: O direito de propriedade quando gerado internamente pela empresa não é automaticamente reconhecido pela contabilidade, notadamente em razão da dificuldade de mensuração – ausência de base sólida – deste. Somente com a aquisição da marca (custo de aquisição – mensuração) é que se torna possível reconhecer e contabilizar o seu valor.

da contabilidade – base normativa para a prática da contabilidade. Normas contábeis prestigiando o aspecto regulatório. Por fim, na fase de Evidenciação temos que não basta informar, a contabilidade tem que refletir a propriedade dos recursos.

As ciências contábeis não são exatas e, por isso, encara-se uma dificuldade prática de se medir a "realidade" econômica. As ciências contábeis se servem de modelos abstratos diversos, com métodos e princípios distintos, para a mensuração do patrimônio e da renda, de modo que diferentes modelos levarão a informações diversas. Diversas são as contabilidades direcionadas para o (i) investidor (contabilidade arrojada, medindo potencial de geração de dividendos e fluxos de caixas futuros para atração de investimentos); (ii) o credor (contabilidade objetiva, servindo de mensuração de patrimônio suficiente para assegurar o pagamento da dívida); (iii) Fisco (contabilidade conservadora, pois é o ponto de partida para a apuração de tributos, cuja carga o empresário pretende que seja a menor possível); e (iv) o administrador (contabilidade realista, para a tomada de decisões corporativas corretas). Finalidades distintas que são atingidas por meio de modelos distintos.

A contabilidade, vista como um objeto de interesse jurídico, se mostra, também, pela positivação de regras e princípios contábeis. O direito contábil é um conjunto de normas contábeis tidas por relevantes pelo direito positivo. Um possível canal de interdisciplinaridade entre o direito tributário e as Ciências Contábeis.

Em um breve panorama normativo, encontramos, inicialmente, a Lei das Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404/76, que, na redação original de seu artigo 177[17], determinou que as demonstrações financeiras das sociedades anônimas obedecessem aos princípios contábeis geralmente aceitos, cuja competência para sua definição, foi outorgada à Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Por meio da Resolução CFC nº. 1282/2010, foram positivados os princípios contábeis aceitos, com a normatização do Conselho Federal de Contabilidade. São eles: a) entidade, b) continuidade; c) oportunidade; d) registro pelo valor original; e) competência dos exercícios; e f) prudência/conservadorismo.

---

[17] *Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.*

§ 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º As normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários a que se refere o § 3o deste artigo deverão ser elaboradas em consonância com os padrões internacionais de contabilidade adotados nos principais mercados de valores mobiliários. (Incluído pela Lei nº 11.638,de 2007).

O parágrafo quinto do artigo 177 da Lei 6.404/76 dispunha, ainda, a necessidade de obediência aos padrões internacionais de contabilidade adotados nos principais mercados de capitais. Surgia, assim, a necessidade de criação do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) e seus pronunciamentos técnicos em matéria de contabilidade, o que se deu por meio da Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 1.055/2005.

O International Accouting Standars Borad (IASB) é responsável pela emissão de normas internacionais de contabilidade (International Financial Reporting Standards - IFRS) e influencia na implantação fiel das mesmas ao redor do mundo. O Banco Central do Brasil (Bacen), através do Comunicado 14.259/2006, estabeleceu data limite para que as instituições financeiras passassem a seguir as normas contábeis internacionais nas demonstrações contábeis consolidadas, dia 31/12/2010. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) fez o mesmo com relação às companhias abertas (exercício findo em 2010).

A criação do Comitê de Pronunciamento Contábil (CPC) foi o primeiro passo de maior relevo para a convergência do Brasil aos IFRS. Com a internacionalização das normas contábeis, buscou-se a emissão, utilização e fomento à convergência de normas que versam sobre procedimentos contábeis com as normas internacionais. Os pronunciamentos do órgão são revestidos de força, validade e aplicabilidade no ordenamento contábil brasileiro (autorização legal para normatizar a matéria contábil). O mesmo ocorre com as normas emanadas pelo Conselho Federal de Contabilidade, responsável pela fiscalização do exercício da profissão.

Outro passo de destaque para a convergência do Brasil ao IFRS foi a edição da Lei 11.638/2007, que introduziu significativas alterações na Lei 6.404/76: a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.741/20005, que resultou na referida legislação, faz menção à intenção de adaptação da lei societária à “evolução dos usos e costumes mercantis”, por meio da adoção de “princípios, normas e padrões de contabilidade e auditoria reconhecidos internacionalmente”.

A contabilidade é, objetivamente, um sistema de informação e avaliação destinado a prover seus usuários com demonstrações e análises de natureza econômica, financeira, física e de produtividade, com relação à entidade objeto de contabilização.

As informações contábeis devem possibilitar uma adequada avaliação da situação atual do empreendimento, assim como oferecer subsídios para prognósticos. Por isso precisam ser claras, compreensíveis e pautadas em critérios uniformes de contabilização e evidenciação, ou seja, em princípios geralmente aceitos. Assim, torna-se possível a comparação das demonstrações de diferentes entidades e de diferentes períodos.

A competência para expedição de normas gerais de contabilidade e estatísticas é do Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão máximo normativo do Sistema Financeiro Nacional.

No caso da contabilidade bancária, em linhas gerais, a sua escrituração contábil deve ser completa. Considerando que o simples registro contábil não constitui elemento suficientemente comprobatório da perfeita validade dos seus atos, deverá a instituição financeira manter em registros permanente todos os atos e fatos administrativos que modifiquem ou venham a modificar, imediatamente ou não, sua composição patrimonial.

É inegável que os dados contábeis produzem reflexos tributários. O direito tributário onera fatos econômicos e muitos deles têm sua expressão monetária medida e registrada na contabilidade. Por força disso é que acaba se socorrendo de informações fornecidas pela contabilidade para diversos propósitos, como por exemplo, para (i) a apuração das bases de cálculo (critério quantitativo da regra-matriz de incidência tributária), no caso a receita bruta e o lucro tributável, (ii) a apuração da alíquota (no caso de progressividade do imposto de renda), (iii) a aferição da capacidade contributiva subjetiva, (iv) elementos de prova no processo administrativo tributário e (v) planejamento tributário.

Muito embora se trate de disciplinas autônomas, Direito e Contabilidade, com a possibilidade de estabelecimento de conceitos igualmente autônomos, respeitados os princípios constitucionais tributários, entendemos possível haver um a interdisciplinaridade. "Nem sempre o registro contábil refletirá o que a norma jurídica dispõe ou revela", bem como "nem todo direito do ponto de vista jurídico será um ativo para a contabilidade".[18] Assim, cumpre ao intérprete, aplicador do direito, a importação de conceitos desses ramos tão autônomos do direito, com a devida parcimônia.

Possíveis conflitos se mostrarão entre direito e contabilidade. Essência econômica versus natureza jurídica. Para a contabilidade os eventos devem ser registrados pela sua natureza econômica, independente da natureza jurídica. Para o direito o oposto, devem ser registrados em função da natureza jurídica, independente da natureza econômica. Diante desses impasses, cumpre-nos afastar os conceitos contábeis e nos ater às regras jurídicas tributárias que imperam em nosso ordenamento.

---

[18] LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga. Direito Contábil - Fundamentos Conceituais, Aspectos da Experiência Brasileira e Implicações. In: **Controvérsias jurídico-contábeis**: aproximações e distanciamentos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 56-81.

4.5.1 O Plano Contábil das Instituições Financeiras do Sistema Financeiro Nacional (COSIF)

O Banco Central do Brasil (BACEN), mediante competência delegada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), em reunião do Conselho ocorria em 19/07/1978, por meio da Circular nº 1.273/1987, instituiu o Plano de Contas das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF, cuja observância pelas instituições financeiras já se tornaria obrigatória em junho de 1988, para a Publicação do Balanço Semestral.

Com o intuito de unificar os diversos planos contábeis existentes à época, e uniformizar os procedimentos de registro e elaboração de demonstrações financeiras, a instituição do Plano Contábil COSIF ocorreu, também, a fim de facilitar o acompanhamento, a analise, avaliação do desempenho e controle das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, mormente por apresentar critérios e procedimentos contábeis, estrutura de contas e modelos de documentos, a serem necessariamente observados.

Apresenta-se como um conjunto integrado de normas, procedimentos e critérios de escrituração contábil de forma genérica.

Uma importante ressalva há de ser feita: as diretrizes consubstanciadas no Plano COSIF, tal qual a existência de títulos contábeis, não pressupõe a permissão para a prática de operações ou serviços vedados por lei, tampouco induzem tributação dos atos de tal forma escriturados. Trata-se de normas exigidas, apenas, no âmbito do mercado financeiro, para fins de adequação da contabilização e escrituração das operações das instituições financeiras.

As normas a serem emanadas pelo Banco Central, cuja padronização estabelecida é de uso obrigatório[19], deverão estar de acordo com os princípios contábeis, notadamente, da (i) adoção de métodos e critérios uniformes (as alterações relevantes devem ser evidenciadas em notas explicativas, integrantes das Demonstrações Financeiras do período em referência e comparativamente, quantificando seus efeitos), (ii) regime de competência, em que as Receitas e Despesas devem ser registradas conforme seu acontecimento, e não na data da efetiva liquidação (iii) realizar apropriação mensal das rendas, inclusive mora, receitas, ganhos, lucros, despesas, perdas e prejuízos, independentemente da apuração de resultados

[19] Estão sujeitos ao Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional: Bancos Múltiplos, Bancos Comerciais, Financeiras, Corretoras, Distribuidoras, Consórcios, Fundos, Câmbio, Bancos de Desenvolvimento, Caixas Econômicas, Bancos de Investimento, Companhias Hipotecárias, Associações de Poupança e Empréstimo, Cooperativas de Crédito, Sociedade de Crédito Imobiliário, Sociedade de Arrendamento Mercantil, Bancos de Investimento, Microempreendedor, Liquidação e Fomento.

a cada seis meses, por advento das Demonstrações Financeiras semestrais (1º de janeiro a 30 de junho e 1º de julho a 31 de dezembro), bem como (iv) efetuar as conciliações de títulos contábeis com respectivos controles analíticos, mantê-las atualizadas e arquivar as devidas documentações por pelo menos cinco anos.

O Plano Contábil COSIF está dividido em quatro capítulos que, segundo o BACEN, encontram-se estruturados de forma hierarquizada na ordem de usa apresentação.

No capítulo 1, denominado de "Normas Básicas", estão consolidados os princípios, critérios e procedimentos contábeis que devem ser utilizados por todas as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, destacando-se as principais considerações sobre cada grupo de contas. São 36 (trinta e seis) seções abordando temas contábeis diversos; no capítulo 2, chamado "Elenco de Contas", são apresentadas as contas integrantes do plano contábil, respectivos códigos, acompanhados, ainda, do descritivo de suas funções, indicação do que nelas deve ser registrado, além da base normativas para a sua utilização; no capítulo 3, intitulado de “Documentos", são apresentados os modelos de documentos de natureza contábil que devem ser elaborados, remetidos ou publicados pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional para atender às exigências do Banco Central; por fim, no capítulo 4, "Anexos", são apresentadas as normas editadas por outros organismos (Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, IBRACON, etc.) que foram recepcionadas para aplicação às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Uma vez dispostos de forma hierarquizada, havendo dúvidas entre “Normas Básicas” e “Elementos de Conta”, prevalecerá as disposições das “Normas Básicas”.

A escrituração contábil das intuições financeiras está sujeita, portanto, às regras padronizadas estabelecidas pelo Banco Central, mediante delegação de competência do CMN, por meio do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF. O seu objetivo, como dito, é uniformizar a contabilização dos atos e fatos administrativos e racionalizar a utilização de contas, a fim de possibilitar o acompanhamento, analise e avaliação do desempenho das instituições financeiras. Exige-se, portanto, que demonstre, com fidedignidade, a sua real situação, o que é fiscalização pelo Banco Central e pelo Conselho Monetário Nacional.

É oportuno registar que as formas de classificação contábil de quaisquer bens, serviços, direitos e obrigações, não altera, sob qualquer aspecto, as suas características e natureza para fins e efeitos tributários, que notadamente possui regulamentação própria, seguindo os comandos do BACEN, apenas, como mera diretriz e não como norma cogente.

4.5.1.1 Normas Básicas

No capítulo reservado às Normas Básicas, o Plano Contábil COSIF descreve os principais aspectos de cada grupo de contas. Nos interessa a análise de alguns deles, sobretudo aqueles que tratam de operações de crédito e prestações de serviço.

Nos termos da Circular 1.273/87, para classificação das operações de crédito, pelos diversos títulos contábeis, deve-se ter em conta a aplicação dada aos recursos, por tipo ou modalidade de operação e a atividade predominante do tomador do crédito.

Segundo as disposições do Banco Central[20], as operações de crédito seguem as seguintes modalidades: (i) os empréstimos, operações realizadas sem destinação específica ou vínculo à comprovação da aplicação dos recursos. A título de exemplo, o Banco Central sugere os empréstimos para capital de giro, os empréstimos pessoais e os adiantamentos a depositantes; (ii) os títulos descontados, que são as operações de desconto de títulos; e (iii) os financiamentos, que se diferenciam dos empréstimos por serem operações realizadas com destinação específica, vinculadas à comprovação da aplicação dos recursos. São exemplos os financiamentos de parques industriais, máquinas e equipamentos, bens de consumo durável, rurais e imobiliários.

Ainda ao tratar das operações de crédito, esclarece que em se tratando de operações de repasse[21] (operação de financiamento realizadas pelas instituições financeiras credenciadas junto ao BNDES, cuja explicação pormenorizada será vista em tópico próprio), a instituição poderá proceder ao registro dos valores segundo a origem dos recursos em desdobramentos de uso interno, ou seja, segundo seu Plano de Contas, sem prejuízo das normas padrões COSIF, relativas às hipóteses de financiamento.

As instituições devem manter adequadamente documentadas sua política e procedimentos para concessão e classificação de operações de crédito, os quais devem ficar à disposição do Banco Central do Brasil e do auditor independente. A documentação deve evidenciar, pelo menos, o tipo e os níveis de risco que se dispõe a administrar, os requerimentos mínimos exigidos para a concessão de empréstimos e o processo de

---

[20] http://www3.bcb.gov.br/aplica/cosif

[21] Nas Operações de Repasse de qualquer natureza, a instituição adquire a condição de credora de operação ativa junto ao respectivo mutuário e de devedora de operação passiva junto à instituição fornecedora dos recursos, razão pela qual deve contabilizar, distintamente, as receitas das operações ativas e as despesas de operações passivas. (Circular 1.273/87)

autorização. Deverá, ainda, divulgar em nota explicativa às demonstrações financeiras informações detalhadas sobre a composição da carteira de operações de crédito. [22]

A Carta Circular 2899, em seu item 12, VII, informa que os créditos baixados como prejuízo devem ser registrados em contas próprias do sistema de compensação, em subtítulos adequados à identificação do período em que ocorreu o registro, devendo ser mantido controle analítico desses créditos, com identificação das características da operação, devedor, valores recuperados, garantias e respectivas providências administrativas e judiciais, visando a sua recuperação. Essa forma de contabilização se presta a demonstrar as hipóteses de inadimplência das operações de crédito, em que a instituição deverá fazer o registro competente dos valores, mesmo que não efetivamente auferidos.

Ultrapassadas as considerações principais sobre as operações de crédito, algumas notas se fazem necessárias no tocante à distinção entre os valores que escriturados a título de Receitas e de Despesas, imprescindíveis, inclusive, para fins tributação.

Tanto as receitas quanto as despesas, para fins de registros contábeis e elaboração das demonstrações financeiras, se classificam em Operacionais e Não Operacionais.

Em sentido amplo, as Receitas englobam as rendas, os ganhos e os lucros, enquanto as Despesas correspondem às despesas propriamente ditas, as perdas e os prejuízos.

As rendas operacionais representam remunerações obtidas pela instituição em suas operações ativas e de prestação de serviços, ou seja, aquelas que se referem a atividades típicas, regulares e habituais. As despesas operacionais, por sua vez, decorrem de gastos relacionados às atividades típicas e habituais da instituição.

As receitas não operacionais provêm de remunerações eventuais, não relacionadas com as operações típicas da instituição. Já os gastos não relacionados às atividades típicas e habituais da instituição constituem despesas não operacionais.

Alguns são títulos genéricos de receitas e despesas trazidos no bojo do Plano Contábil COSIF, a exemplo de “Outras Rendas Operacionais”, “Outras Despesas Administrativas” e “Outras Despesas Operacionais. Quanto a estes, a instituição deve adotar subtítulos de uso interno, conforme seu Plano de Contas, a fim de identificar a natureza dos lançamentos efetivados.

Dúvidas se põe quanto à nomenclatura dada pelo Plano Contábil COSIF a algumas contas responsáveis pelo registro de determinadas atividades. Ocorre que não raras as vezes a natureza da operação acaba sendo definida pelo aplicador do direito, na saga tributária, tão

[22] Resolução 2682/99 do Conselho Monetário Nacional, que dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e regras para constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa.

somente de acordo com os comandos dados pelo COSF e suas possíveis terminologias e não, necessariamente, pela natureza dos valores contabilizados pelas instituições financeiras nas referidas contas. O que acaba por tornar um equívoco a fiscalização. As normas positivadas propagam efeitos tão somente entre as partes a que estão dirigidas (BACEN e instituições financeiras), em nada dizendo com as autoridades fazendárias, reapossáveis pela cobrança e fiscalização dos respectivos tributos (ISS ou IOF).

4.5.1.2 Elenco de Contas

Conforme veremos no tópico subsequente, cada instituição tem o seu próprio Plano de Contas de uso interno, no entanto, o Plano Contábil COSIF prescreve uma estrutura básica para codificação dos registros contábeis, cuja observância é imperativa por todas as instituições financeiras.

Código padrão: 1D.2D.3D.45D.67D.8D

O primeiro digito do código padrão, ora denominado de “1D”, corresponde aos grupos de contas. Poderá referir-se ao Ativo, que reúne os bens e direitos da entidade, cujas contas são representadas por números, conforme a sua liquidez: 1. Circulante e realizável a longo prazo; 2. Permanente; 3. Compensação. Ou ao Passivo, que reúne os deveres e obrigações da instituição, e suas contas serão: 4. Circulante e exigível a longo prazo; 5. Resultados de Exercícios Futuros; 6. Patrimônio Liquido; 7. Contas de Resultados Credoras; 8. Contas de Resultado Devedoras e 9. Compensação.

O segundo dígito, “2D”, corresponde aos subgrupos. O terceiro dígito, “3D”, equivale aos desdobramentos dos subgrupos. O quarto e o quinto dígitos, “45D”, aparecem juntos, denotando os títulos contábeis. De igual modo se mostram os sexto e sétimo dígitos, “67D”, que representam os subtítulos contábeis. Por fim, o oitavo dígito, “8D”, chamado dígito verificado, representa o controle do código padrão e é obtivo através de equação matemática definida pelo BACEN.

Com base nesses breves esclarecimentos, autoridades fiscais direcionam sua atenção para as contas contábeis que, efetivamente, denotem algum interesse. Via de regra, as contas

cuja análise é pretendida, limita-se ao grupo 7. Referimo-nos ao grupo de contas do Passivo da instituição financeira, responsável pela escrituração das denominadas "Contas de Resultado Credoras", em que são registrados os resultados credores, ou seja, as receitas auferidas a cada mês. Tais receitas poderão ser de toda a natureza: operação de crédito, prestação de serviço, encargos financeiros, meros ingressos, atividades acessórias, etc.

No intuito de segregar, ou ao menos criar alguns critérios que distintivos dos valores escriturados, o que não quer dizer com sua efetiva natureza, o Plano Contábil COSIF estabeleceu uma estrutura básica para o registro de valores nas contas credoras. Vejamos aquelas que mais nos interessam:

Códigos	Títulos Contábeis
7.1.0.00.00-8	RECEITAS OPERACIONAIS
7.1.1.00.00-1	**Rendas de Operações de Crédito**
7.1.1.00.00-1	RENDAS DE ADIANTAMENTOS A DEPOSITANTES
7.1.1.05.00-6	RENDAS DE EMPRESTIMOS
7.1.1.10.00-8	RENDAS DE DIREITOS CREDITÓRIOS DESCONTADOS
7.1.1.15.00-3	RENDAS DE FINANCIAMENTOS
7.1.1.18.00-0	RENDAS DE FINANCIAMENTOS A AGENTES FINANCEIROS
7.1.3.00.00-7	Rendas De Cambio
7.1.7.00.00-9	**Rendas De Prestação De Serviços**
7.1.7.10.00-6	RENDAS DE ADMINISTRACAO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO
7.1.7.20.00-3	RENDAS DE ADMINISTRACAO DE LOTERIAS
7.1.7.25.00-8	RENDAS DE ADMINISTRACAO DE SOCIEDADES DE INVESTIMENTO
7.1.7.30.00-0	RENDAS DE ASSESSORIA TECNICA
7.1.7.35.00-5	RENDAS DE TAXAS DE ADMINISTRACAO DE CONSORCIOS
7.1.7.40.00-7	RENDAS DE COBRANCA
7.1.7.45.00-2	RENDAS DE COMISSOES DE COLOCACAO DE TITULOS
7.1.7.50.00-4	RENDAS DE CORRETAGENS DE CAMBIO
7.1.7.70.00-8	RENDAS DE SERVICOS DE CUSTODIA
7.1.7.80.00-5	RENDAS DE SERVICOS PRESTADOS A LIGADAS
7.1.7.94.00-8	RENDAS DE PACOTES DE SERVICOS - PF
7.1.7.95.00-7	RENDAS DE SERVICOS PRIORITARIOS - PF
7.1.7.95.01-4	Confecção De Cadastro
7.1.7.95.03-8	Fornecimento De 2ª Via De Cartão Magnético Com Função Débito
7.1.7.95.05-2	Exclusão Do Cadastro De Emitentes De Cheques Sem Fundos
7.1.7.95.06-9	Contra-Ordem, Oposição E Sustação De Cheques
7.1.7.95.07-6	Fornecimento De Folhas De Cheque
7.1.7.95.08-3	Cheque Administrativo
7.1.7.95.11-7	Saque De Conta De Depósitos À Vista E De Poupança
7.1.7.95.12-4	Depósito Identificado
7.1.7.95.17-9	Transferência Entre Contas Da Própria Instituição
7.1.7.95.18-6	Ordem De Pagamento
7.1.7.95.19-3	Concessão De Adiantamento A Depositante
7.1.7.95.20-3	Cartao De Credito Basico - Anuidade
7.1.7.95.21-0	Fornecimento De 2 Via De Cartao Com Funcao Credito
7.1.7.95.23-4	Pagamento De Contas Utilizando A Funcao Credito
7.1.7.95.24-1	Avaliacao Emergencial De Credito - Cartao De Credito
7.1.7.95.25-8	Cambio Manual Relacionado A Viagens Internacionais
7.1.7.96.00-6	**RENDAS DE SERVICOS DIFERENCIADOS - PF**
7.1.7.96.01-3	Administracao De Fundos De Investimento
7.1.7.96.02-0	Aval E Fianca
7.1.7.96.03-7	Avaliacao, Reavaliacao E Substituicao De Bens Recebidos Em Garantia

7.1.7.96.04-4	Cambio
7.1.7.96.05-1	Cartao De Credito Diferenciado - Anuidade Diferenciada
7.1.7.96.06-8	Cartao Pre-Pago
7.1.7.96.07-5	Corretagem Envolvendo Titulos, Valores Mobiliarios, Derivativos E Custodia
7.1.7.96.99-6	Outros Servicos Diferenciados - Pf
7.1.7.97.00-5	**RENDAS DE SERVICOS ESPECIAIS - PF**
7.1.7.98.00-4	**RENDAS DE TARIFAS BANCÁRIAS - PJ**
7.1.7.98.01-1	Cadastro
7.1.7.98.02-8	Contas De Depósitos
7.1.7.98.04-2	Operações De Crédito
7.1.7.98.99-4	Outras Rendas De Tarifas Bancárias - Pj
7.1.7.99.00-3	RENDAS DE OUTROS SERVICOS
7.1.9.00.00-5	**Outras Receitas Operacionais**
7.1.9.10.00-2	**RENDAS DE CREDITOS VINCULADOS A OPERACOES ADQUIRIDAS EM CESSAO**
7.1.9.10.10-5	De Operações De Credito
7.1.9.10.20-8	De Operações De Arrendamento Mercantil
7.1.9.10.30-1	De Outras Operações Com Características De Concessão De Credito
7.1.9.10.40-4	De Outros Ativos Financeiros
7.1.9.15.00-7	**LUCROS EM OPERACOES DE VENDA OU DE TRANSFERENCIA DE ATIVOS FINANCEIROS**
7.1.9.15.10-0	De Operações De Credito
7.1.9.15.20-3	De Operações De Arrendamento Mercantil
7.1.9.15.30-6	De Outras Operações Com Características De Concessão De Credito
7.1.9.15.40-9	De Outros Ativos Financeiros
7.1.9.30.00-6	RECUPERACAO DE ENCARGOS E DESPESAS
7.1.9.40.00-3	RENDAS DE APLICACOES NO EXTERIOR
7.1.9.50.00-0	RENDAS DE CREDITOS POR AVAIS E FIANCAS HONRADOS
7.1.9.55.00-5	RENDAS DE CREDITOS VINCULADOS AO CREDITO RURAL
7.1.9.65.00-2	RENDAS DE CREDITOS VINCULADOS AO SFH
7.1.9.70.00-4	RENDAS DE GARANTIAS PRESTADAS
7.1.9.75.00-9	RENDAS DE OPERACOES ESPECIAIS
7.1.9.80.00-1	RENDAS DE REPASSES INTERFINANCEIROS
7.1.9.90.99-8	Outras
7.1.9.99.00-9	OUTRAS RENDAS OPERACIONAIS

Uma breve análise das contas padrões, de logo, demonstra alguns equívocos no que diz respeito à forma de escrituração *versus* natureza da atividade, para fins de tributação.

Ainda que alocada no grupo "7.1.7", relativo a receitas de Prestação de Serviço, jamais poderíamos afirmar que a conta "7.1.7.95.05-2 - Exclusão Do Cadastro De Emitentes De Cheques Sem Fundos" refira-se a efetivos serviços prestados para terceiros. O cliente não contrata a instituição financeira para inserir o seu nome no cadastro de inadimplentes, tampouco para proceder à respectiva exclusão. Trata-se de fato alheio à prestação de serviço, logo à tributação pelo ISS.

Não poderíamos, ainda, tratar a conta "7.1.7.95.24-1 - Avaliação Emergencial de Credito - Cartão De Credito", nítida atividade acessória à operação creditícia, como se prestação de serviço fosse, tal como ocorre com a conta "7.1.7.95.19-3– Concessão de Adiantamento a Depositante", cujo operação principal encontra-se perfeitamente descrita no grupo 7.1.1, Rendas de Operações de Crédito (7.1.1.00.00-1 - Rendas de Adiantamentos a Depositantes).

Ou mais, que prestar garantia (aval e fiança) poderia, ainda, ser considerado um "serviço diferenciado", conforme determinada a conta "7.1.7.96.02-0 – Aval e Fiança".

Muito não precisa ser dito para se chegar à conclusão que as normas e disposição do Plano Contábil COSIF não geram, e nem poderiam gerar, efeitos cogentes sobre o prisma fiscal.

No entanto, não queremos dizer com isso que os padrões e regras do COSIF devam ser desprezados. Tampouco que o registro no grupo de contas não seja considerado, em prol da nomenclatura dada efetivamente à conta analisada. É certo que, embora sob a terminologia de "7.1.9.30.00-6 - Recuperação de Encargos e Despesas", por exemplo, para fins de aferir a tributação adequada é necessário se perquirir, à primeira vista, a origem e natureza dos valores escriturados. O Plano Contábil COSIF, portanto, não será determinante para a incidência da norma tributária.

4.5.1.3 Plano de contas de uso interno

As instituições financeiras têm a liberdade para organizar-se internamente, inclusive para criar subtítulos de uso interno e outros desdobramentos das contas padrões determinados pelo Plano Contábil COSIF. Ou seja, tendo em vista a complexidade das operações bancárias e o grande número de "produtos" oferecidos ao mercado, as instituições financeiras não estão adstritas aos padrões fixados pelo Plano Contábil COSIF, podendo criar desdobramentos internos a serem seguidos, desde que, sejam consolidados ao Plano Contábil COSIF por ocasião do fechamento contábil dos Balanços Semestrais.

Em outras palavras, nada impede que as instituições financeiras utilizem Planos de Contas de uso interno, mas sempre passíveis de conversão ao sistema padronizado instituído pelo Banco Central.

Justamente por ser "de uso interno", os Planos de Contas podem sofrer alterações unilaterais de um mês para outro, por decisões dos administradores da instituição. Tal cenário geraria à fiscalização a insegurança na avaliação dos seus números, os quais poderiam ser deslocados para outras contas, ou, até mesmo, ser surpreendida com a abertura de novas contas no decorrer de um mesmo exercício.

Por força disso, no intuito de facilitar o trabalho da fiscalização e dos contribuintes e ao mesmo tempo prover informações precisas, todos os Planos de Contas de uso interno

submetidos pelos contribuintes devem casar até nível de título com um código das contas do Plano contábil COSIF básico.

A margem de atuação das instituições financeiras nos Planos de Contas de uso interno, portanto, encontra-se adstrita às regras e padronagens instituídas pelo Banco Central. Determinados limites não podem ser desbordados.

4.5.1.4 Escrituração eletrônica e fichas de lançamento

A Circular 1.273/1987 do Banco Central determina que a "a instituição deve manter o Livro Diário ou o livro Balancetes e demais livros obrigatórios com observância das disposições em leis regulamentares".

O livro Balancetes Diários e Balanços, que podem substituir o Livro Diário, deve consignar, em ordem cronológica de dia, mês e ano, a movimentação diária das contas, discriminando em relação a cada uma delas o saldo anterior, os débitos e créditos e o saldo de resultante, com indicação dos credores e dos devedores (Circulares nº 623 e 1273).

A instituição pode centralizar a contabilidade das agências de um mesmo Município em agencia da mesa praça, desde que observe (i) a previa comunicação ao Banco Central do Brasil, que pode adotar procedimentos específicos relativamente às operações de Câmbio; (ii) utilização de um único livro Balancetes Diários e Balanços, ou livro Diário, para registro do movimento contábil das agências de um mesmo Município; e (iii) manutenção dos livros escriturados em uma única agência, a ser indicada pela instituição, pertencente ao mesmo Município.

Nos casos das instituições que mantiverem a contabilidade descentralizada, deverão possuir, para a sede de cada uma das suas agências, o livro Diário ou livro Balancetes Diários e Balanços, legalizado no órgão competente. Para os Postos Avançados de Atendimento, a sua contabilidade deve ficar a cargo da sede ou da agência da instituição, havendo registros independentes.

Questão que vem causando certa polêmica no âmbito das fiscalizações, sobretudo municipais, diz respeito às chamadas "Fichas de Lançamento", documentos estes que, no entender das autoridades municipais, seriam de entrega indispensável, por ser hábil a determinar a natureza de uma operação, independentemente de onde a receita auferida estiver contabilizada.

Muitas instituições financeiras optam por não elaborar as chamadas fichas de lançamento de forma física, notadamente por possuir, conforme determina o Banco Central, todas as informações correspondentes de forma eletrônica. Atendendo às exigências fiscais e legais, sempre que solicitado, as instituições deverão apresentar tais informações de forma detalhada e impressa, mediante a disponibilização dos balancetes mensais e movimentações contábeis analíticas relacionadas às contas COSIF.

Em estudo sobre a Contabilidade das Instituições Financeiras, Ricardo Ferreira assevera que:

> No emprego de qualquer sistema mecanizado ou eletrônico na escrituração, será permitido substituir os livros comerciais obrigatórios por formulários contínuos, folhas soltas, cartões ou fichas, desde que:
> Sejam numerados sequencialmente, mecânica, eletrônica ou tipograficamente, e encadernados em forma de livros e com os mesmos requisitos legais destes;
> A instituição os apresente após órgãos do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, para autenticação, nos prazos e formas determinados por esse órgão.[23]

O Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF, que traz inúmeras regras e espécies de livros de escrituração, permite que as "Fichas de Lançamento" sejam substituídas por outros documentos. Vejamos:

> As fichas de lançamento devem conter: local, data, identificação adequada das contas, histórico ou código da operação e o valor expresso em moeda nacional. Os documentos, inclusive cheques, podem substituir as fichas de lançamento, desde que neles sejam inseridas todas as características de lançamento contábil. Quando a instituição utilizar históricos codificados, deve incluir em cada movimento diário a respectiva tabela de codificação ou arquivo contendo memória das tabelas de codificação utilizadas. Circ 623, item 2 e Circ 1273)

No contexto do diploma normativo do Plano Contábil COSIF, as fichas de lançamento, quando devidamente autenticadas, operam funcionalmente para registro comprobatório dos assentamentos transcritos no livro Balancetes Diários e Balanços.

Não obstante, a referida prescrição legal deve ser interpretada em harmonia com outras regras do COSIF, das quais extrai-se, inclusive, que o simples registro contábil não constitui elemento suficientemente comprobatório, devendo a escrituração ser fundamentada em comprovantes hábeis para a perfeita validade dos atos e fatos administrativos. No caso

---

[23] FERREIRA, Ricardo J. **Contabilidade de instituição financeira.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2013, p. 93.

de lançamentos via processamento de dados, tais como: saques em caixa eletrônico, operações "on line" e lançamentos fita a fita, a comprovação faz-se mediante listagens extraídas dos registros em arquivos magnéticos (Circ 1273).

Diante dessas considerações, entendemos possíveis algumas conclusões: (i) a comprovação dos lançamentos via processamento de dados pode ser feita mediante listagens extraídas dos registros em arquivos magnéticos; (ii) a utilização do sistema eletrônico é instrumento idôneo para substituir os livros comerciais obrigatórios desde que atendidos aos requisitos, prazos e formas legais; a apresentação das fichas de lançamento tem se mostrado impraticável no dia-a-dia das instituições financeiras, dado o volume bastante significativo de operações. Tais fichas, responsáveis pelo registro analítico dos lançamentos, são substituíveis por meio do processamento de sistemas *on line* que alimentam diretamente os balancetes diários com as movimentações das respectivas operações (produtos financeiros, prestação de serviços, despesas) envolvendo as contas de ativo, passivo e de resultado; e (iii) a utilização das fichas de lançamento são também expressamente substituíveis por outros documentos, inclusive cheques, desde que neles sejam inseridas todas as características de lançamento contábil.

Em vista de tais conclusões, quer nos parecer que as ponderações das autoridades Fiscais no sentido da exigibilidade das fichas de lançamento, não trilham o Plano Contábil do Sistema Financeiro Nacional traçado pelo BACEN – Banco Central.

As fichas de lançamentos, representam um retrocesso da tecnologia. Nada mais que centenas de papeis contemplando milhares de movimentações bancárias que poderiam ser igualmente obtidas, de forma muito mais célere e organizada, por intermédio de meio eletrônico. A real situação econômico-financeira da instituição financeira pode ser demonstrada com fidedignidade e clareza por meio dos processamentos eletrônicos que, observando as prescrições normativas do COSIF, alcançam a mesma finalidade das fichas de lançamento.

É no mínimo curioso que as autoridades fiscais, nas mais diversas autuações procedidas (seja por descumprimento de obrigação acessória, seja por arbitramento), insistam na elaboração das fichas de lançamento, na medida em que é unânime a sua não elaboração pelas instituições financeiras de grande porte.[24]

---

[24] A discussão do tema tem gerado maiores debates, inclusive no âmbito judiciário. Não raras as vezes, as demandas que envolvem instituições financeiras e fisco municipais invocam a realizam de prova pericial. Submetida a questão das fichas de lançamentos aos peritos técnicos, já foi atestada a sua dispensa, nos termos das regras e noras no Plano Contábil COSIF, uma vez que substituídas pelos lançamentos

eletrônicos (Vide Ação Anulatória nº 0020986-30.2011.8.26.0053, 13ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo).

5 INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O PROBLEMA DA TRIBUTAÇÃO

5.1 Operações com o BNDES e a Remuneração da Instituição Financeira Credenciada

Muito se discute acerca da tributação dos valores auferidos pelas Instituições Financeiras credenciadas a operar junto ao Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES, nas operações de crédito realizadas para concessão das mais diversas linhas de financiamentos. Tais valores são contabilmente (e fiscalmente) conhecidos como a *remuneração da instituição financeira credenciada*, ou *spread do Agente*, e configuram uma parcela do risco de crédito assumido pela entidade na operação realizada.

Por entender se tratar de operação de crédito, as Instituições Financeiras registram contabilmente o *spread do Agente* em contas contábeis destinadas à contabilização de valores auferidos em operações de crédito (COSIF 7.1.1.15.00-3 - Rendas de Financiamentos), oferecendo os referidos valores à tributação da União Federal, mediante o Imposto sobre Operações de Crédito (IOF). As Autoridades Municipais, por sua vez, não obstante a forma de contabilização de tais valores e sua submissão a imposto diverso, entendem se tratar de receita auferida pela prestação de serviço, pelo que deveria, portanto, ser submetida à tributação pelo Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISS).

Diante desse impasse, convém-nos investigar o tema da tributação, partindo, inicialmente, da análise da operação, como se dá a participação da instituição financeira, bem assim a natureza da remuneração auferida.

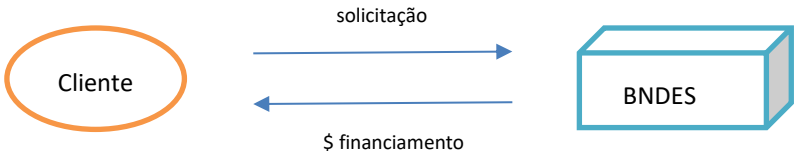
O BNDES, ou Sistema BNDES, entendido como conjunto de entidades constituído pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e suas subsidiárias, assim compreendendo a Agência Especial de Financiamento Industrial (FINAME), o BNDES Participações S.A. (BNDESPAR), BNDES Public Limited Company (BNDES PLC) e demais instituições que vierem a ser constituídas pelo BNDES, é o principal instrumento de financiamento de longo prazo para a realização de investimentos em todos os segmentos da economia. Possui diversos programas de apoio ao Governo Federal, atuando com as mais diversas linhas de financiamento.

Três são as possíveis modalidades de apoio, cuja escolha dependerá da finalidade e do valor a ser financiado.

5.1.1 Modalidades

5.1.1.1 Forma direta

Na forma direta, o Interessado[1] solicitará o financiamento diretamente ao BNDES, sem a participação de "Agentes Financeiros"[2] ou " Agentes Repassadores".[3]



Todas as etapas da operação – enquadramento, análise, contratação e acompanhamento – são realizadas, exclusivamente, pelo BNDES, não havendo a participação das instituições financeiras credenciadas. Por força disso, o risco da operação é integralmente assumido pelo BNDES.

Para solicitar apoio direto ao BNDES, salvo alguns casos específicos, é necessário, em geral, que o financiamento tenha valor superior a 20 milhões de reais. Nesses casos, a participação da instituição financeira na operação se restringirá à atuação como "garantidora".

Para que haja a contratação do financiamento na modalidade direta, o BNDES exige que o cliente preste uma garantia, que poderá ser, por exemplo, uma Carta de Fiança Bancária ou Seguro Garantia. Assim, o cliente poderá recorrer às instituições financeiras que mantém relacionamento, com a finalidade de obter garantia idônea ao financiamento que pretende contratar com o BNDES.[4]

---

[1] Por "Interessado" entenda-se o Cliente, o Beneficiário, Creditado, Fiançado, Mutuário, Avalizado, Afiançado, dentre outros termos por vezes utilizados para designar o contratante, tomador de recursos financeiros.

[2] Por "Agente Financeiro", nos termos da Resolução 665/87 e Resolução 660/87 do Banco Central, entendemos a Instituição Financeira credenciada no BNDES, que recebe deste um limite de crédito, para realizar operações no âmbito das linhas, produtos e programas do Banco.

[3] Por "Agente Repassador", nos termos da Resolução 665/87 e Resolução 660/87 do Banco Central, entendemos a entidade pública ou privada, não credenciada como Agente Financeiro pelo BNDES, que realiza operações no âmbito das linhas, produtos e programas do Banco.

[4] Vide Disposições Aplicáveis aos Contratos do BNDES (Resolução 665/87) - Normas e Instruções de Acompanhamento (Resolução 660/87).

5.1.1.2 Forma indireta

Para que o BNDES alcance clientes potenciais em todo o território nacional e, até mesmo no exterior, grande parte de suas operações é realizada de forma indireta. Como o BNDES não tem agências, para fazer com que seus recursos cheguem a todos os municípios do Brasil, sua atuação se dá, basicamente, por meio de parceria firmada com uma rede de instituições financeiras credenciadas.[5]

Essas instituições, também chamadas de "Agentes Financeiros", são as responsáveis pela análise e aprovação do financiamento, bem como pela negociação de garantias com o cliente, assumindo, assim, o risco de crédito junto ao BNDES. Nesses casos, a análise do financiamento é feita pela instituição financeira credenciada, responsável por aceitar, ou não, o pedido de crédito solicitado pelo Beneficiário.

Seguindo suas políticas internas, normas de concessão de crédito e padrões de análise de risco, as instituições financeiras credenciadas, não apenas têm autonomia para conceder crédito, como são inteiramente responsáveis por processar, analisar, aprovar a solicitação do Interessado e, até mesmo, alterá-la nos prazos e valores (percentual de participação do financiamento), respeitadas as regras e limites definidos pelo BNDES, Banco Central e instrumentos normativos que regem tais contratos. São as instituições credenciadas que definem também as garantias da operação, assumindo o risco do financiamento.

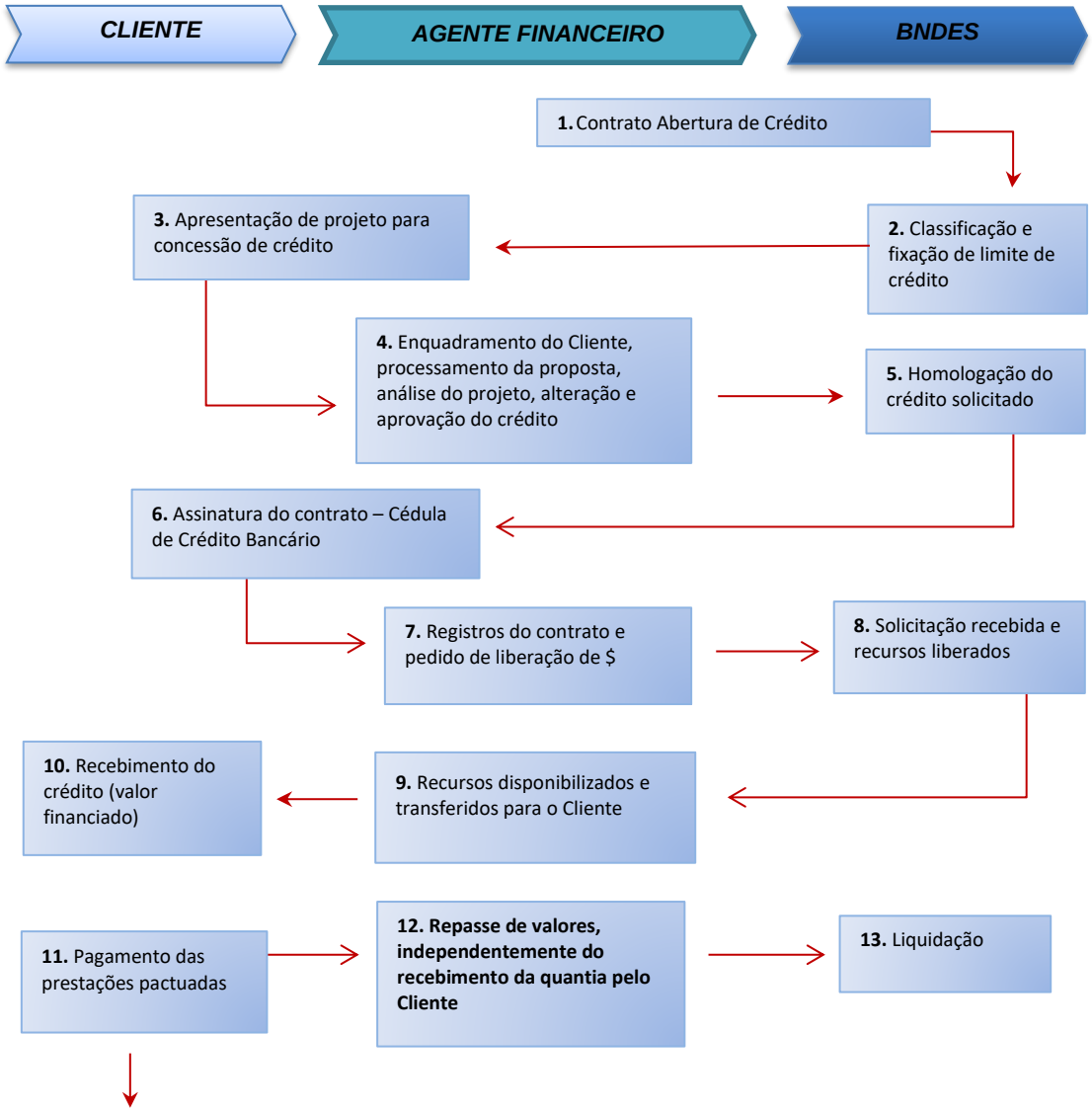
Duas são as modalidades de operação indireta. Na primeira modalidade, a operação automática, não é necessária a avaliação prévia do BNDES. A solicitação é recebida e analisada, exclusivamente, pela instituição financeira credenciada, responsável pela aprovação do crédito. Na sequência, são solicitadas ao BNDES a homologação e liberação dos recursos. Via de regra, são automáticas as operações de financiamento com valor até 20 milhões de reais. A segunda modalidade, a operação não automática, por sua vez, faz o uso de *Consulta Prévia*, encaminhada para análise do BNDES pela instituição credenciada. Neste caso, as operações de financiamento são individualmente avaliadas e aprovadas pelo

[5] Algumas das instituições financeiras credenciadas a operar junto ao BNDES: ABC-Brasil, AFParana, Alfa BI, Alfa CFI, Badesc, Badesul, Banco do Brasil, Bancoob, Bandes, Banese, Banestes, Banrisul, Basa, BDMG, BI BM, BNB, BNP Brasil, Bradesco BM, Bradesco LS, BRDE, BTMU BR, BV LS, Caixa, Caterpillar BM, Cecred, Citibank BM, CNH BM, Cresol Baser, Cresol SC-RS, Daycoval BM, Desenbahia, Desenvolve SP, DLL BM, Guanabara BM, HSBC, ING Bank, Itaú Unibanco BM, Itaucard BM, Itaucard BM Itau Leasing, John Deere BM, J Safra BM, KDB BM, Mercedes BM, Moneo BM, Paraná BM, Rabobank, Randon BM, Rendimento BM, Rodobens BM, Safra BM, Safra LS, Santander BM, Scania BM, Sicredi, Stara Financeira, Sumitomo, Tribanco BM, Volkswagen BM, Volvo BM e Votorantim BM.

BNDES, não ao cargo da instituição financeira credenciada. Em regra, as operações não automáticas, são aquelas que superam 20 milhões de reais.

Tanto em operações automáticas quanto em não automáticas, para concessão do crédito pelos Agentes Financeiros, mediante edição de Circulares e outros normativos[6], o BNDES estabelece critérios, condições e procedimentos operacionais a serem observados nas operações (definição das linhas de financiamento; empresas beneficiárias; itens financiáveis; condições de financiamento, incluindo a remuneração básica do BNDES; prazos, encargos moratórios devidos pelas Instituições Financeiras em caso de inadimplemento; etc.).

Em síntese, a operação indireta poderá ser representada pelo seguinte fluxo:



[6] http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/instituicoes-financeiras-credenciadas/normas/normas-operacoes-indiretas

Etapa 1: o Agente Financeiro firma com o BNDES o Contrato de Abertura de Crédito. Mediante avaliação periódica (análise de estratégia e competitividade; estrutura organizacional e processo decisório; processo de concessão e acompanhamento de crédito; controles internos; gestão de riscos; qualidade dos ativos; etc.), o BNDES classifica o crédito a ser concedido, posto à disposição, da Instituição Financeira, enviando, posteriormente, carta estabelecendo os limites de crédito, os produtos e as metas aplicáveis ao financiamento. Em vista do limite de crédito previamente estabelecido, o Agente Financeiro torna-o disponível para seus Clientes, potenciais Beneficiários das linhas de financiamento do BNDES.

Etapa 2: o Interessado se dirige à Instituição Financeira credenciada e apresenta seu projeto e demais documentos, no intuito de obter a concessão de uma das linhas de financiamento disponíveis pelo BNDES. Em razão da autonomia e responsabilidade que lhe são conferidas, e de acordo com a sua política de concessão de crédito, a Instituição Financeira realiza o enquadramento do Interessado nas condições estabelecidas pelo BNDES, procede à análise (ou até mesmo alteração) dos termos da proposta a ser firmada (prazos, valores, percentuais e garantias da operação) e, por fim, aprova o crédito solicitado.

Etapa 3: com a aprovação do crédito pela instituição financeira credenciada, a operação é encaminhada para a homologação do BNDES.

Etapa 4: o Interessado é chamado pela Instituição Financeira para assinar o contrato e formalizar os termos da operação, com o que é assinada a Cédula de Crédito Bancário. Efetuados os registros contratuais, a instituição credenciada envia ao BNDES o pedido de liberação da 1ª (ou única) parcela do crédito. Aprovado o pedido pelo BNDES, os recursos são liberados à instituição financeira, que os repassará ao Beneficiário em até 1 dia útil.

Etapa 5: o nos termos estipulados no contrato, o Beneficiário paga à instituição financeira credenciada as parcelas relativas ao financiamento. A instituição, por sua vez, consoante as diretrizes firmadas em Circulares e, independentemente do adimplemento das parcelas pelo Beneficiário, repassa ao BNDES os valores pactuados.

O fluxo é semelhante para a operação não automática, se distinguindo, apenas, no que se refere à etapa da *Consulta Prévi*a, ou seja, em momento anterior à homologação, a instituição financeira credenciada encaminha para o BNDES roteiro específico para análise e aprovação do crédito (etapa 3).

5.1.1.3 Forma mista

Por fim, tem-se a forma mista de atuação. Trata-se de operação que combina as formas direta e indireta não automática. Neste caso, o risco da operação é compartilhado pelo BNDES e instituição financeira credenciada. As operações mistas geralmente ocorrem por sugestão do BNDES ou da instituição credenciada, não podendo, portanto, ser solicitadas pelo cliente.

5.1.2 Natureza da operação

Dentre as três modalidades de apoio ao Governo Federal na concessão de linhas de financiamento, para os fins a que se destina a presente dissertação, nos interessa o estudo da forma indireta de atuação do BNDES, em que a operação de crédito é partilhada com a Instituição Financeira Credenciada que, na qualidade de Agente Financeiro, será responsável por assumir o risco da operação.

Ao atuar em conjunto com o BNDES nas operações indiretas de financiamento, a Instituição Financeira Credenciada realiza duas operações: uma diretamente com o BNDES, e outra junto ao Beneficiário do crédito. Para tanto, aufere valores, por si determinados, que refletem o risco de crédito assumido na atividade.

Com base nas premissas fixadas no decorrer deste trabalho, e com foco na operação realizada pela Instituição Financeira, buscaremos identificar se a atividade realizada se subsome à operação de crédito, para fins de incidência do Imposto sobre Operações de Crédito (IOF) ou, se se trata de prestação de serviço, com o que estaríamos diante da incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

Por se tratar de uma operação complexa, cíclica e diferenciada, que envolve a realização de diversas etapas, com sujeitos distintos, cujas relações instauradas ensejam obrigações jurídicas autônomas, antes de investigar os valores auferidos na atividade (origem e composição), para que possamos submetê-los à adequada tributação, cumpre-nos, primeiramente, compreender a natureza da atividade sob análise.

Pela sua própria estrutura, a operação indireta de financiamento das linhas de crédito do BNDES está longe de ser uma operação simples. É diferenciada, complexa, exige o atendimento a diversas peculiaridades, notadamente por envolver recursos públicos. Compreende a realização de várias etapas que contam com a participação, não apenas do tomador do crédito e daquele detentor dos recursos, como ocorre nos casos das operações

diretas de financiamento. As operações sob análise têm a participação precípua de um terceiro, chamado Instituição Financeira Credenciada, cuja atuação, como veremos, não está limitada a intermediar, garantir, ou repassar recursos ao BNDES.

O fim que se busca é um só: a concessão de uma das linhas de financiamento do BNDES. Para que este fim seja alcançado é necessário, no entanto, que outras relações jurídicas sejam travadas, que dois diferentes negócios jurídicos sejam firmados, por partes distintas, autônomas e independentes.

Diante deste contexto, tomamos como premissa básica que, para concessão da linha de financiamento do BNDES, duas operações são necessariamente realizadas, entre partes distintas e com relações distintas. Expliquemo-nos.

Em razão da singularidade, características peculiares e etapas diferenciadas da concessão de linha de financiamento, podemos dizer que seria uma operação *sui generis*, uma hipótese de financiamento cíclica, que envolve duas relações independentes e com vida própria. Trata-se de um contrato principal (concessão da linha de financiamento) que invoca a realização de duas operações de crédito (financiamentos) para sua consecução.

Contrato principal: Linha de Financiamento

Travadas entre três polos, embora girem em torno de uma única linha de crédito, estamos diante de duas operações de financiamento, uma delas realizada entre o Interessado e a Instituição Financeira Credenciada e a outra entre a Instituição Financeira Credenciada e o BNDES. Embora conte a participação de três polos distintos, não estamos diante de uma relação triangular, mas de duas relações independentes, formadas entre partes distintas: (i) BNDES e Agente Financeiro e (ii) Agente Financeiro e Beneficiário. De ambas as relações firmadas, extrai-se obrigações, direitos e deveres entre as partes.

Analisando-se cada etapa do fluxo de crédito percebe-se com clareza a independência das operações. Embora o fim almejado seja um só, a concessão, ao Beneficiário, da linha de

financiamento do BNDES, estamos diante de duas operações de crédito muito bem discriminadas. Vejamos.

Entre a Instituição Financeira Credenciada e BNDES, como vimos, é celebrado um Contrato de Abertura de Crédito, mediante o qual o limite de crédito disponível é aprovado.[7] O BNDES irá liberar os recursos objeto do financiamento diretamente para conta da Instituição Financeira, que será responsável por adimpli-los, nos prazos avençados no contrato e consoante as diretrizes firmadas em Circulares, inobstante o pagamento das parcelas pelo efetivo Beneficiário dos valores. Ou seja, a devolução do financiamento concedido pelo BNDES é realizada pelo Agente Financeiro, de forma independente da relação firmada entre a Instituição Financeira e o Beneficiário. Caso o último não pague as parcelas do financiamento ao Agente Financeiro, os efeitos da inadimplência perante o BNDES serão pela Instituição Financeira suportados, como evidencia a cláusula *del credere* da operação.

Nos termos do artigo 52 do Anexo à Resolução 665/87 do BNDES (Disposições Aplicáveis aos Contratos do BNDES)[8], a Instituição Financeira obriga-se a garantir ao BNDES a solvência da operação, assumindo, assim, o risco do crédito, independentemente da relação por si travada com o Beneficiário.

A referida cláusula vem a ratificar a responsabilidade do Agente Financeiro perante negócio jurídico firmado com o BNDES, notadamente pelo seu adimplemento, em razão do risco da atividade por si assumido. Por se tratar de um contrato de financiamento autônomo, que busca denotar sua independência da relação subsequente (Instituição Financeira Credenciada e Beneficiário), o Agente Financeiro assume total responsabilidade pelo risco de crédito junto BNDES.

A concessão de empréstimos e financiamentos é atividade básica da maioria dos bancos e, para que sua atividade primordial seja efetivamente desenvolvida, as instituições financeiras precisam fazer uma avalição da capacidade de crédito dos seus tomadores. Ocorre que tais avalições nem sempre são acuradas ou espelham com precisão a realidade econômica de seus Clientes ou, ainda, em razão de diversos fatores externos, a capacidade

---

[7] Para melhor evidenciar, trazemos a transcrição da cláusula primeira do "Contrato nº 91.2.149.6.1.013", firmado entre o BNDES e as instituições financeiras credenciadas para concessão de financiamento mediante abertura de crédito: "PRIMEIRA – VALOR DO CRÉDITO: Pelo presente instrumento, o BNDES abre aos Agentes Financeiros um crédito cujo valor será determinado pelo somatório resultante do conjunto de operações que vierem a ser atendidas com seus recursos, respeitados o limite orçamentário do BNDES e o limite de risco estabelecido para cada Agente Financeiro".

[8] Artigo 52 do Anexo à Resolução 665/87 do BNDES:
Art. 52 – No contrato de repasse, o agente financeiro do BNDES obriga-se, ainda, a:
I – garantir ao BNDES, como del credere, a solvência das Beneficiárias finais com quem contratar; [...]

de crédito de um tomador pode vir a ser reduzida a longo do tempo. É diante desse cenário que Ricardo Ferreira[9] informa surgir o "risco de crédito", um risco importante que os bancos enfrentam, que representam a falha de uma contraparte no desempenho de compromissos contratuais.

Em estudo sobre a mensuração do risco sistêmico no setor bancário com variáveis contábeis e econômicas, o Banco Central do Brasil definiu risco de crédito como sendo a probabilidade de o tomador dos recursos não pagar ou honrar as obrigações assumidas, tanto no que tange ao principal quanto ao serviço da dívida. Segundo Bessis *apud* Capelletto, Martins e Corrar:

> "Risco de crédito é definido pela perda no evento de não pagamento do devedor, ou no evento de deterioração da qualidade do crédito do devedor". A definição acrescenta a ocorrência de elevação do risco não somente pelo inadimplemento, mas também pela redução da capacidade de pagamento do devedor. Para mensurar adequadamente o risco de crédito, duas dimensões devem ser observadas. Uma de ordem quantitativa, relativa ao montante de crédito concedido, e outra qualitativa, que abrange aspectos como a situação econômico-financeira do tomador do crédito, o histórico de inadimplemento, a aplicação dada aos recursos, a moeda, o indexador e o prazo da operação, a atividade econômica predominante e as garantias.[10]

A existência da cláusula *del credere* nos contratos firmados entre os Agentes Financeiros e o BNDES, além de traduzir a característica creditícia da operação, vem a respaldar a independência das relações, ou seja, a autonomia das operações financeiras realizadas entre as três partes. Concluiu-se, portanto, que perante o BNDES a Instituição Financeira assume a condição de cliente/devedor que dele diretamente toma recursos para financiamento.

Ao classificar os contratos bancários em operações típicas "passivas" e "ativas", Orlando Gomes com maestria sustentou:

> São operações típicas as que realizam para o cumprimento da função creditícia dos bancos. Dividem-se em operações passivas e ativas. Nas primeiras, o banco assume a posição de devedor, nas segundas, de credor. Se recolhe capital, tornando-se devedor dos clientes, realiza operação passiva; se aplica suas disponibilidades, concedendo crédito, prática operação ativa.

---

[9] FERREIRA, Ricardo J. **Contabilidade de instituição financeira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2013, p. 278.

[10] Fonte: http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps169.pdf

> As principais operações passivas são o depósito e o redesconto; as ativas, a abertura de crédito, o desconto, a conta corrente, o financiamento e o mútuo pignoratício.[11]

Nos valendo das conclusões do mestre Orlando Gomes, observamos que a operação sob análise pode ser classificada como típica (porque principal e não acessória) operação passiva de crédito.

Por sua vez, no que tange à relação travada entre a Instituição Financeira Credenciada e o Beneficiário, identificamos, com clareza, uma nova operação de crédito, com vida própria e independente da operação de crédito anterior.

O Interessado procura a Instituição Financeira com a finalidade de obter um financiamento. Esta, por sua vez, analisa a proposta, aprova o crédito, assina e registra o contrato, disponibiliza os recursos ao Beneficiário, recebe os pagamentos e parcelas co-respectivas ou, até mesmo, arca com o custo da inadimplência. Em razão da autonomia que lhe é concedida, trata-se de relação pactuada exclusivamente entre a Instituição Financeira e o Interessado. Não tem o BNDES, por exemplo, qualquer ingerência com relação às medidas judiciais a serem adotadas pela Instituição Financeira contra o Beneficiário nas hipóteses de descumprimento de contrato, principalmente por inadimplência.

Na presente relação verifica-se, igualmente, a existência do risco de crédito, integralmente assumido pela Instituição Financeira Credenciada, nos casos de inadimplemento do financiamento pelo Beneficiário.

A assunção do risco pela Instituição fica evidente quando os Beneficiários do financiamento não arcam com o pagamento das prestações contratadas, cabendo ao Agente Financeiro, utilizando-se de recursos próprios, honrar a operação de crédito firmada junto ao BNDES (primeira relação travada).[12]

Não raros são os casos em que a Instituição Financeira Credenciada, efetivamente, arca com o risco do crédito advindo da operação. As hipóteses de inadimplência do

---

[11] GOMES, Orlando. **Contratos**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.324.

[12] A título de exemplo da assunção do risco de crédito em casos de inadimplência, trazemos o Contrato nº 91.2.149.6.1.013, firmado entre o BNDES e os Agentes Financeiros. Chamamos atenção para o disposto no inciso IV, da Cláusula 4ª:
OBRIGAÇÕES ESPECIAIS
Além das demais estipulações desse Contrato, os Agentes Financeiros obrigam-se especialmente a: [...]
IV – Autorizar o BNDES, de forma irrevogável e irretratável, a debitar todas as importâncias que lhe forem devidas, a qualquer título, comprometendo-se ainda a prover os necessários suprimentos até a data de vencimento de cada obrigação, ou, no máximo, até o dia 15 (quinze) do mês, ou se for o caso, até o dia útil imediatamente anterior, sem que a tolerância do BNDES, ora consignada, caracterize alteração das datas de vencimento.

Beneficiário, com o que a Instituição acaba por adimplir as parcelas com recursos próprios, como dissemos, demonstra o exposto. A título de exemplo de assunção do crédito, podemos mencionar as medidas judiciais propostas pelo Agente Financeiro em face do Beneficiário, com a finalidade de reaver o direito ao pagamento de tais quantias, bem como as chamadas "contas de prejuízo" (PDD), registros contábeis em que as Instituições alocam os valores/despesas suportadas a título de prejuízo, nos casos de inadimplemento do contrato de financiamento pelo Beneficiário[13].

Com base em tais considerações, conclui-se que se trata de típica modalidade de financiamento, cuja diferença primordial é que os recursos são públicos, provenientes do BNDES e não propriamente da Instituição Financeira privada. No mais, com a clareza que a operação se mostra, não vislumbramos qualquer possibilidade de desnaturar a sua origem creditícia.

Mais uma vez nos valendo das conclusões de Orlando Gomes, afirmamos se tratar de típica operação ativa, uma vez que, nessa hipótese, funciona a Instituição Financeira como credora, fornecendo crédito ao Beneficiário (devedor).

Em síntese, estamos diante de duas operações creditícias, autônomas, com vida própria e com certa margem de liberdade[14], atreladas a um contrato principal de linha de financiamento.

É salutar que algumas etapas preparatórias sejam realizadas para consecução das aludidas operações de crédito, tanto para que ocorra a concessão e disponibilização do crédito pelo BNDES à Instituição Financeira Credenciada, quanto a fim de viabilizar a concessão do crédito pela Instituição Financeira para o Beneficiário. No entanto, como dissemos, essas etapas são preparatórias para um fim (concessão do crédito), sem vida própria e que não subsistem sozinhas.

Tais etapas acessórias não podem ser vistas de maneira independente, como se a operação se bastasse em alguma delas. Nenhuma é suficiente para se alcançar o objetivo

---

[13] A Carta Circular 2899 do Banco Central, em seu item 12, VII, informa que os créditos baixados como prejuízo devem ser registrados em contas próprias do sistema de compensação, em subtítulos adequados à identificação do período em que ocorreu o registro, devendo ser mantido controle analítico desses créditos, com identificação das características da operação, devedor, valores recuperados, garantias e respectivas providências administrativas e judiciais, visando a sua recuperação. Essa forma de contabilização se presta a demonstrar as hipóteses de inadimplência das operações de crédito, em que a instituição deverá fazer o registro competente dos valores, mesmo que não efetivamente auferidos.

[14] Falamos em "certa" margem de liberdade porque a atuação da Instituição Financeira Credenciada junto ao Beneficiário, por exemplo, está adstrita às normas e aos regramentos pactuados com o BNDES, havendo limites às negociações.

final almejado, daí porque, para os fins e feitos da tributação, jamais poderíamos considerá-las isoladamente.

Com base em tais considerações, concluímos equivocado o entendimento de que a autuação da Instituição Financeira Credenciada se resumiria ao *repasse,* à mera *intermediação,* uma simples *concessão de garantia* ou, ainda, qualquer das atividades previstas no item 15.08 da lista anexa da Lei Complementar 116/03.

Embora o Banco Central, por meio da Circula 1.273/87[15], defina contabilmente a atividade como uma "operação de repasse", entendemos que uma operação complexa de financiamento jamais poderia ser resumida a uma de suas meras etapas. A análise isolada do fluxo que envolve cada fase da operação demonstra que a atuação do Agente Financeiro não está limitada ao "repasse" de valores ao BNDES, mas, sim, à própria concessão do crédito almejado. Dizer que seria uma mera operação de "intermediação" de recursos financeiros, "análise de contrato" ou, ainda, a "emissão" ou "alteração" deste, é ignorar o objeto principal, o caráter financeiro da operação, a assunção do risco do crédito e a própria concessão do crédito.

No caso de considerá-la, ainda, como "concessão de garantia", é de se salientar que as operações em nada se assemelham. Na concessão de garantia observamos uma relação triangular formada pelo credor, devedor e garantidor. Diversamente, na operação indireta de financiamento em questão, estamos diante de duas relações jurídicas distintas, uma travada entre BNDES e Instituição financeira credenciada (credor, devedor) e outra entre instituição financeira e Beneficiário (credor, devedor). Não há, em qualquer delas, a concessão de garantia por parte da Instituição Financeira. O que existe (e que nada se confunde com a concessão de garantia para fins de tributação), é a apresentação pelo Beneficiário de uma das modalidades sugeridas, a fim de garantir o contrato de crédito firmado.[16] Entre a Instituição e o BNDES não há prestação de garantia, assim como não há entre a Instituição e o Interessado.

Tem-se, portanto, duas operações autônomas atreladas a um contrato principal de linha de financiamento que, na sua essência, se mostram como operações bancárias típicas

---

[15] "Nas operações de repasse de qualquer natureza, a instituição adquire a condição de credora de operação ativa junto ao respectivo mutuário e de devedora de operação passiva junto à instituição fornecedora dos recursos, razão pela qual deve contabilizar, distintamente, as receitas das operações ativas e as despesas de operações passivas". (Circular 1.273/87)

[16] Vide Artigo 19 e seguintes das Disposições Aplicáveis aos Contratos do BNDES.

de financiamento que, nas palavras de Orlando Gomes, “se realizam para o cumprimento da função creditícia dos bancos”.[17]

5.1.3 Composição do financiamento

Estabelecidas as etapas e natureza da operação, cumpre-nos investigar a composição do financiamento, ou seja, o custo total do valor financiado, bem assim a respectiva incidência tributária.

Como condição para a aquisição das linhas de crédito do BNDES, o Interessado arcará com o pagamento do custo total do financiamento, também conhecido como *taxa de juros*.

Dentre os diversos instrumentos normativos que visam regular as relações firmadas entre o BNDES e as Instituições Financeiras credenciadas nas operações em questão, encontramos a Circular BNDES nº 33, de 01 de setembro de 2011 que, em seu item 9.1, define a *taxa de juros* e aquilo que a compõe.

> *9.1 Taxa de Juros: É o somatório de Custo Financeiro, Remuneração Básica do BNDES, Taxa de Intermediação Financeira e Remuneração da Instituição Financeira Credenciada.*

Ao realizar uma operação de crédito, a exemplo de um empréstimo ou financiamento, os bancos cobram de seus clientes determinado valor que visa cobrir os custos de captação dos fundos, pagar suas despesas operacionais e ainda remunerar seus acionistas. Tais valores são contabilmente denominados de “taxa de juros”.

Para melhor compreensão da *taxa de juros,* devemos isolar suas rubricas, a fim de proceder à análise de seus elementos. Por (i) Custo Financeiro, tem-se o índice correspondente aos juros incidentes sobre o valor financiado; (ii) a Remuneração do BNDES, por sua vez, é a remuneração pela atividade operacional do BNDES, definida em função das Linhas de Financiamento; quanto à (iii) Taxa de Intermediação Financeira, tem-se o percentual fixo estabelecido pelo BNDES e que reflete o risco sistêmico[18] das instituições financeiras credenciadas, ou seja, o grau de incerteza existente no sistema resultante de variações no nível de risco de crédito, acrescido da taxa de juros e do câmbio; por fim, a (iv) Remuneração da Instituição Financeira Credenciada, também chamada de

---

[17] GOMES, Orlando. **Contratos**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.324.
[18] http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps169.pdf

spread do agente, é a remuneração pela atividade operacional do Agente Financeiro, negociada diretamente com o Beneficiário, que reflete o risco do crédito assumido na operação.

Do valor global da operação, os Agentes Financeiros fazem jus, tão somente, à *Remuneração da Instituição Financeira Credenciada*. Os demais valores cobrados do Interessados para aquisição do financiamento, ou seja, o Custo Financeiro, a Remuneração do BNDES e a Taxa de Intermediação Financeira, embora transitem pelas contas dos Agentes Financeiros, são integralmente repassados ao BNDES, não sendo incorporados ao patrimônio dos Agentes Financeiros.

Nesse contexto, vejamos a incidência tributária que gira em torno dos valores que ficam a cargo do Agente Financeiro, levando-se em consideração as premissas fixadas no que diz respeito à natureza da operação.

5.1.4 A remuneração da Instituição Financeira Credenciada

Já tivemos a oportunidade de nos manifestar sobre a impossibilidade de incidência concomitante de dois tributos sobre o mesmo fato jurídico ou, ainda, sobre a situação que desencadeia a incidência na norma tributária. No nosso entender, não estamos diante de dois eventos distintos que implicam a incidência de tributos distintos. O fato jurídico tributável é um só; ou se tem prestação de serviço, passível de incidência do ISS, ou se tem operação de crédito, passível de incidência do IOF. Justamente por não admitir o chamado *bis in idem*, julgamos necessário investigar, à luz da premissa fixada a respeito da natureza das atividades realizadas pela Instituição Financeira Credenciada, a origem dos valores por si auferidos.

Se, por um lado, os referidos ingressos se assemelham a receita proveniente de nítidas operações creditícias realizadas pelas instituições financeiras, no âmbito de competência da União Federal, nos termos do artigo 153, inciso V da Constituição, por outro, a Lei Complementar 116/2003, com espeque no artigo 156, inciso III da Lei Maior, no item 15.08 da lista anexa, houve por bem considerar como serviço tributável por meio do ISS, as atividades de *emissão, remissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos à abertura de crédito, para quaisquer fins.* Analisemos, então, essa dualidade.

A operação indireta de financiamento das linhas de crédito do BNDES, pela sua própria estrutura, é tida por uma operação *sui generis,* que envolve um contrato principal de

concessão da linha de financiamento que, para sua consecução, invoca a realização de duas operações de crédito (financiamentos) e diversas etapas acessórias a essas duas operações.

Ao analisar o contexto da atividade, fixamos a premissa de que justamente por não ter vida própria, em razão do intrínseco caráter de acessoriedade, as etapas preparatórias não determinam a natureza das operações sob análise. Por não serem "atividade fim" das Instituições Financeiras, sobre essas etapas acessórias não haverá a incidência tributária, seja do IOF, seja do ISS.

Embora tais atividades acessórias sejam desenvolvidas pelos Agentes Financeiros quando da sua participação em ambas as operações de crédito, elas não subsistem sozinhas, não têm vida própria, até porque não são o fim almejado pelo Beneficiário. O Cliente não busca a Instituição Financeira para que esta realize uma "análise de contrato" ou proceda ao "registro" deste ou, ainda, "altere" os termos da proposta de financiamento. Ele busca a Instituição para que esta, na qualidade de Agente Financeiro Credenciado para atuar em nome do BNDES, realize a operação de crédito que consiste na concessão de uma das linhas de financiamento do BNDES. Indubitavelmente, o fim almejado é a concessão do crédito e, não, as etapas intermediárias necessárias para consecução de tal fim.

Estamos diante de dois (ou mais) fatos absolutamente distintos: fato constitutivo da operação creditícia e ações que viabilizam a aludida operação de crédito. Nas palavras do mestre e estudioso do tema, Aires F. Barreto, "o primeiro, constitutivo do fim ou do objeto contratado; o segundo, representativo de um ato, fato, ou até mesmo obra que objetiva alcançar aquele fim que fora contratado".[19]

Comumente, simples tarefas-meio acabam sendo equiparadas com a efetiva operação de crédito ou, até mesmo, com prestação de serviço. Mas, justamente por não terem vida própria, por não subsistirem sozinhas, via de regra, sobre essas não é cobrado um preço, um valor.[20]

Com base nas premissas fixadas no decorrer do presente estudo, afirmamos que sobre as atividades acessórias jamais poderia incidir o IOF ou, no caso sob análise, o ISS.

Voltando às atenções para ambas as operações realizadas pela instituição financeira credenciada, e não para suas fases acessórias, identificamos a concessão do financiamento, como nítida operação creditícia sujeita, tão somente, à incidência do IOF.

---

[19] BARRETO, Aires. F. **ISS, IOF e instituições financeiras**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 33.

[20] Aire F. Barreto adverte que mesmo quando é destacado um suposto preço, por ter a natureza de efetiva "atividade-meio", não poderia ser submetida à tributação, pois jamais se transforaria em "ações-fim". (BARRETO, Aires. F. **ISS, IOF e instituições financeiras**. São Paulo: Noeses, 2016, p.36)

Ainda que se desmembre os valores auferidos na tentativa de identificar em minúcia a natureza de cada rubrica, verificamos não ser possível a submissão ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, posto que não se trata de receita por serviço prestado. Se o negócio jurídico travado, em razão da sua natureza creditícia (contrato de financiamento), em nada se confunde com prestação de serviço, logo não pode ser assim qualificada a remuneração correspondente ao financiamento. Não sendo receita de serviço, jamais poderá compor a base de cálculo do ISS.[21]

O contrato de concessão de linha de financiamento emana um custo total do valor financiado, chamado *taxa de juros*. É composto por diversas rubricas, todas repassadas ao BNDES, à exceção da "Remuneração da Instituição Financeira Credenciada", valor que nos interessa para fins de investigação. Trata-se, de quantia estipulada pela Instituição Financeira junto ao Beneficiário, que reflete o risco de crédito assumido, em razão das operações creditícias por si realizadas para consecução do contrato principal de concessão de linha de financiamento. Representa uma parcela da taxa de juros e corresponde ao risco de crédito assumido pelo Agente Financeiro na operação contratada. Nada mais é do que a diferença entre o custo da captação (índice correspondente aos juros incidentes sobre o valor financiado) e o valor cobrado pela Instituição Financeira no repasse (spread do agente financeiro).

Em outras palavras, os valores em questão não têm a função de remunerar prestação de serviço, base de cálculo do ISS, mas se caracterizam como verdadeira receita financeira de juros, que a Instituição Financeira Credenciada faz jus, em razão da assunção do risco do crédito.

Com base nas lições do Ministro Francisco Falcão, consignadas nos autos do Recurso Especial nº 324.361-BA, asseveramos que a atividade desenvolvida pela instituição financeira credenciada se consubstancia em nítida operação de crédito, sujeita, unicamente, à incidência do Imposto sobre Operações de Crédito.

Ao discorrer sobre o momento em que se reputa ocorrido o fato gerador do IOF nas operações que envolvem contratos de financiamento mediante abertura de crédito entre empresa e o BNDES, em assertivas considerações, consignou o Ministro que *ante a impossibilidade de alteração dos conceitos advindos do Direito Privado (art. 110 do CTN), o que importa, in casu, para fins de incidência da norma tributária, é o momento da celebração do contrato de financiamento com o BNDES, porquanto vinculador da vontade*

[21] BARRETO, Aires. F. **ISS, IOF e instituições financeiras**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 97.

das partes, para fins de ocorrência do fato gerador do Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.[22]

No mesmo sentido, foram as conclusões tomadas pela Ministra Maria Isabel Gallotti, em trecho destacado nos autos do Recurso Repetitivo nº 1255573/RS[23], em que considerou indiscutível a incidência do IOF *nas operações de crédito por conta dos contratos de financiamento*, conforme o disposto na Lei nº 5.143/66, à época regulamentada pelo Decreto nº 2.219/97, bem assim que, *no âmbito da norma tributária, o que importa para fins de incidência do tributo – IOF, é o momento da celebração do contrato de financiamento*, nos termos do inciso I do artigo 63 do CTN (Lei nº 5.172/66).

---

[22] PROCESSUAL CIVIL. IOF. CONTRATO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE ABERTURA DE CRÉDITO ENTRE EMPRESA E BNDES. DECRETO Nº 1.764/95. ART. 110 DO CTN. INCIDÊNCIA NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. JULGAMENTO DO RECURSO. ADIAMENTO. NOVA INCLUSÃO EM PAUTA DE JULGAMENTO. DESNECESSIDADE. OMISSÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.
I - O adiamento do julgamento de recurso anteriormente incluído em pauta não enseja uma nova inclusão do processo em pauta de julgamento, nem tão pouco a publicação de nova intimação das partes, sendo insubsistente o alegado cerceamento de defesa.
II - Inexistem as omissões e obscuridades aludidas pelo embargante, restando certo que a norma que reduziu a zero a alíquota do imposto incidente nas operações de crédito do BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO - BNDES, o Decreto nº 1.764/95, não pode, data maxima venia, retroagir para atingir contratos ajustados em datas anteriores, ainda que não tenham sido entregues os valores correspondentes ao pacto de financiamento realizado antes do início da vigência da referida norma.
III - Restou consignado ainda que ante a impossibilidade de alteração dos conceitos advindos do Direito Privado (art. 110 do CTN), o que importa, in casu, para fins de incidência da norma tributária, é o momento da celebração do contrato de financiamento com o BNDES, porquanto vinculador da vontade das partes, para fins de ocorrência do fato gerador do Imposto sobre Operações Financeiras - IOF.
IV - Embargos rejeitados. (EDcl no REsp 324.361/BA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 06/03/2006, p. 162)

[23] "É indiscutível que o IOF é devido nas operações de crédito por conta dos contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária, conforme o disposto na Lei nº 5.143, de 20.12.1966, regulamentada pelo Decreto nº 2.219, de 02.05.1997, cuja incidência se dá nas 'operações de crédito realizadas por instituições financeiras'. Observo que a expressão 'operações de crédito', nos termos do referido regulamento compreende o 'empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de título' (art. 3º, § 4º do Decreto nº 2.219/97). A legislação ainda determina às instituições financeiras a responsabilidade pela cobrança do tributo – IOF e o seu recolhimento ao Tesouro Nacional (art. 5º do Decreto nº 2.219/97). No que respeita a cobrança do IOF, esta deverá se realizar 'na data da entrega ou colocação dos recursos à disposição do interessado" (inciso VII do art. 10 do Decreto nº 2.219/97). De outra feita, o fato gerador do referido tributo – IOF, 'é a entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado, em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este", consoante os precisos termos do art. 11 do Decreto nº 2.2129/97. No âmbito da norma tributária, o que importa para fins de incidência do tributo – IOF, é o momento da celebração do contrato de financiamento. Tal compreensão vem escorada no inciso I do art. 63 do CTN (Lei nº 5.172/66), assim vertido: Art. 63 – O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a título e valores mobiliários tem como fato gerador: I – quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado.' (grifei) Como visto, o IOF deve incidir no percentual determinado na legislação (art. 7º do Decreto nº 2.291/97) e sobre o montante total ou parcial do financiamento, quando da liberação do valor que constitua a obrigação contratual firmada entre as partes. [...]" (REsp 1255573/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 24/10/2013)

A instituição financeira credenciada pratica, portanto, inequívoca operação de crédito, daí porque os valores auferidos na execução da referida atividade estão sujeitos, tão somente, ao imposto de competência da União, nos termos do artigo 153, V da Constituição Federal.

A natureza creditícia dos referidos valores, bem assim como a sua submissão ao regramento do IOF foi expressamente reconhecida pela União Federal, nos termos do Decreto nº 6.453, de 12 de maio de 2008[24], que deu nova redação ao artigo 8º, inciso XII do Decreto nº 6.306/2007, reduzindo a zero a alíquota incidente sobre operação de crédito, efetuada pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES ou por seus agentes financeiros, com recursos daquele banco ou de fundos por ele administrados, ou por intermédio da empresa pública Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP.

Tratando-se, portanto, de operação financeira e sendo privativa a competência da União para tributar as operações de crédito, somente este ente poderá alcançá-las. Assim, não é dado ao Município a possibilidade de incluir na base de cálculo do imposto que lhe compete (ISS), valores relativos a negócios jurídicos compreendidos na competência tributária de ente político diverso, em razão da rigidez da discriminação de competências.

Nas palavras do grande estudioso do tema, Aires F. Barreto, "se, na constituição do crédito tributário pelo lançamento, a administração municipal, a pretexto e exigir ISS, incluir na base de cálculo desse imposto o valor das operações de crédito, praticará ilegalidade e, concomitantemente, "inconstitucionalidade, por invasão de competência alheia".[25]

Uma vez estabelecida a natureza creditícia da operação, os valores dessa decorrentes ficam submetidos à incidência do Imposto sobre Operações de Crédito (IOF). Fixada a incidência do imposto de competência da União, resta excluída, portanto, a incidência do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISS), sob pena de invasão de competência.

Cumpre-nos registrar que, a despeito das previsões normativas trazidas pela Lei Complementar 116/2003, não é dado ao legislador ordinário submeter à incidência do ISS aquilo que serviço não o é, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade, nos termos do artigo 156, III da CF/88 e, ainda, em invasão de competência, nos termos do artigo 153, V da Carta Constitucional.

Não obstante, ao arrepio da norma constitucional, a Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar 116/2003, notadamente em seu item 15.08, almejou tratar como se serviço fosse, nítidas atividades acessórias às operações creditícias, ao exemplo da parte inicial do

---

[24] Revogado pelo Decreto nº 8.511, de 31 de agosto de 2015.
[25] BARRETO, Aires. F. **ISS, IOF e instituições financeiras**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 98.

referido item que trata das atividades de "emissão, remissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito".

Estamos diante de meras atividades acessórias (no caso às operações de crédito), cuja eventual incidência tributária esgota-se no campo do IOF, porque segue a incidência da operação principal. Portanto, admitir a incidência do ISS sobre a operação em tela ou, ainda, sobre qualquer de suas etapas implica permitir-se a incidência de dois tributos sobre o mesmo fato gerador, o que é incompatível com o sistema jurídico em vigor.

Embora se trate de tema relativamente recente, cuja discussão ainda incipiente não ensejou debates acurados, sobretudo nos Tribunais Administrativos e Judiciais, encontramos algumas decisões que tratam especificamente sobre a tributação da *Remuneração da Instituição Financeira Credenciada*, e denotam, desde já, o relevo e destaque dado à matéria.

No âmbito do Conselho Municipal de Tributos de São Paulo, a manifestação pela natureza creditícia da operação e consequente impossibilidade de submissão ao ISS se deu em voto vencido apresentado no Recurso Ordinário 2014-0.261.072-2.[26] Não logramos êxito em identificar outras decisões definitivas e favoráveis ao nosso entendimento neste Conselho.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, já teve a oportunidade se manifestar sobre o tema, concluindo pela não incidência de ISS, uma vez que o fato não se enquadraria em nenhum dos itens da lista de serviços tributáveis pelo ISS, pois se trata de nítida operação de crédito.[27]

---

[26] No mesmo sentido, tendo em vista o exposto em sustentação oral pelo procurador do Recorrente, concluo que na mencionada operação não incidência do ISS sobre a remuneração da instituição financeira credenciada – considerando, inclusive, que sobre esta verba há a incidência do IOF (trecho do voto vencido do Conselheiro Marcio Cesar Costa, no que foi acompanhado pelos Conselheiros Marcos Minichillo de Araújo e Simone Costa Chagas, nos autos do Recurso Ordinário de origem 2014-0.261.072-2).

[27] "Por sua vez, na conta 50.79.10-1(Taxas Finame/BNDES) a autora atua como "agente financeiro da FINAME", assumindo os riscos das operações que contratar com os particulares, os quais buscam crédito com a finalidade, entre outras, de financiar compra de máquinas e equipamentos industriais. Não há, portanto, no caso em tela, serviço passível de incidência de ISS, ainda que interpretados sob a ótica da referida Súmula n° 424, do Superior Tribunal de Justiça." (trecho do voto do Relator Cláudio Marques no Recurso de Apelação 0006618-81.2009.8.26.0248; Comarca: Indaiatuba; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 17/03/2016; Data de registro: 07/04/2016)
"Na verdade, a atividade da autora/recorrente relaciona-se com a liberação de créditos provenientes do FINAME Fundo de Financiamento para Aquisição de Máquinas e Equipamentos Industriais. Analisando-se os autos, sobretudo no que se refere à realização da perícia técnica (fls. 487/ss), resta claro que as atividades tributadas pela Municipalidade são atividades financeiras. De fato, a autora atua como "agente financeiro da FINAME", assumindo os riscos das operações que contratar com os particulares, os quais buscam crédito com a finalidade, entre outras, de financiar compra de máquinas e equipamentos industriais. Em verdade, trata-se de operação de repasse, não sendo considerado "serviço" para fins de incidência de ISS, mas fato gerador de IOF, tal como esclarece o perito ás fls. 488. (...) (trecho do voto do Relator

Concluímos que a *Remuneração da Instituição Financeira Credenciada* representa nítida receita financeira auferida pelo Agente Financeiro em razão das operações creditícias por si realizadas para consecução do contrato principal de concessão de linha de financiamento. Por não remunerar, sob qualquer hipótese, prestação de serviço (base de cálculo do ISS), e em razão da privativa repartição de competências, deverá ser submetida, exclusivamente, à tributação da União, nos termos do artigo 153, V do CF/88.

5.2 Tarifas Interbancárias

As instituições financeiras, no exercício de suas atividades, auferem, também, valores comumente denominados de "Tarifas Interbancárias". Tais valores ingressam no caixa dos Bancos e são contabilizados a título de receita e representam valores decorrentes da realização de pagamentos e recebimentos existentes entre os bancos integrantes do Sistema de Compensação Nacional, incidentes sobre documentos de crédito.

O legislador infraconstitucional, no exercício da competência que lhe foi outorgada pela Carta maior, no intuito de definir os serviços passíveis de tributação do ISS, estabeleceu no item 15 da lista anexa à Lei Complementar 116/03, a possibilidade de serem tributados *"Serviços relacionados ao setor bancário ou financeiro, inclusive aqueles prestados por instituições financeiras autorizadas a funcionar pela União ou por quem de direito*".

Do desdobramento em 18 subitens, o de número 15.16 relacionou como serviço tributável a *"Emissão, reemissão, liquidação, alteração, cancelamento e baixa de ordens de pagamento, ordens de crédito e similares, por qualquer meio ou processo; serviços relacionados à transferência de valores, dados, fundos, pagamentos e similares, inclusive entre contas em geral"*. Em vistas dessa previsão legal, desprezando a natureza da atividade envolvida na operação, os Municípios passaram a entender por legítima a cobrança do ISS sobre as denominadas "Tarifas Interbancárias", acreditando haver a perfeita subsunção do fato à norma.

Não raras as vezes autuações municipais são lavradas objetivando a incidência do ISS em face das mais diversas atividades realizadas pelas Instituições Financeiras, sob o simples argumento de configurarem "prestação de serviços", para fins do enquadramento previsto na Lei Complementar.

Rodrigues de Aguiar na Apelação nº 0196420-32.2010.8.26.0000; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 09/10/2014; Data de registro: 14/10/2014)

Todavia, sob a nossa perspectiva, em vista dos pressupostos já fixados, as Tarifas Interbancárias não são objeto de incidência do ISS, por não representar contraprestação por serviço realizado. Trata-se de verdadeiras atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras, mas que em nada se assemelham prestação de serviço – serviço tributável – para fins da incidência do ISS.

As Tarifas Interbancárias são provenientes de um mero encontro de contas, vale dizer, representam valores decorrentes da realização de pagamentos e recebimentos existentes entre os bancos, relativos a documentos de crédito, necessárias à consecução da atividade-fim, o depósito bancário.

A partir desta compensação realizada entre as instituições financeiras, indispensável à operação do depósito bancário, o depositante passa a ostentar o direito creditício correspondente. Daí configurar, indiscutivelmente, uma atividade-meio inerente ao depósito bancário.

Considerando que as compensações realizadas entre bancos, envolvendo cheques e depósitos, constituem nítidas atividade acessória ao depósito bancário não se poderia falar na incidência do ISS sobre essas.

Comungando desse mesmo entendimento que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 588, segundo a qual *"o imposto sobre serviços não incide sobre os depósitos, as comissões e a taxa de descontos, cobrados pelos estabelecimentos bancários".*

Como se não bastasse a natureza de acessoriedade da referida atividade, os valores decorrentes da realização de pagamentos e recebimentos existentes entre os bancos, relativos a documentos de crédito, caracterizam-se, ainda, como ressarcimento dos custos administrativos que envolvem instituições financeiras que participam do Sistema de Compensação Nacional, custos estes que não integram a base de cálculo do ISS. Trata-se de um contrato de depósito que se aperfeiçoa quando as diversas instituições efetuam, pelo Sistema de Compensação Nacional, a devida compensação de ordens e títulos para, então, efetuar os depósitos nas contas de seus clientes.

Importante mencionar a edição da Lei 10.214/2001, que dispõe sobre o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), o qual abrange a compensação de cheques e outros papéis, além do funcionamento do Sistema de Compensação e de Liquidação mediante autorização do Bacen ou da CVM. Tal sistemática remete a uma atividade pública, cujo exercício é outorgado a entidades privadas. Neste contexto, para que haja o bom funcionamento do sistema de compensação, surge um vínculo institucional entre os bancos participantes.

Mencionado vínculo não é decorrente da vontade das partes, mas, sim, das finalidades que a atividade de compensação deve atingir.

Os correntistas de determinada Instituição Financeira, ao emitirem um cheque, por exemplo, não têm como saber o seu fim, pois poderá o destinatário ir a um caixa e sacar o respectivo montante, ou, ainda, poderá depositá-lo em sua conta corrente em outro banco. Isto expõe a importante característica da unidade do Sistema Financeiro Nacional, permitindo que qualquer pessoa dele possa se utilizar, onde quer que esteja e em qualquer Instituição Financeira.

Por isso, não se pode dizer que uma instituição financeira contrata outra para o exercício de uma atividade ou prestação de serviço. Não existe uma contratação para o exercício da discutida atividade. O que há é uma simples atividade decorrente da própria natureza do Sistema de Pagamentos Brasileiro. Os bancos participam deste sistema e por esta razão devem praticar determinadas condutas e suportar certos encargos.

O funcionamento do Sistema de Compensação pressupõe dispêndios de valores em razão de atividades instrumentais realizadas, como, por exemplo: gastos com pessoal para o exercício da atividade; a elaboração de *software* e formulários; manutenção dos equipamentos; transporte de documentos; necessidade de garantir a respectiva segurança dos documentos e transações etc. Ou seja, custos que decorrem do próprio funcionamento do Sistema e que devem corresponder a um ônus compartilhado.

Para que sedimentemos estre raciocínio, cumpre observar a cláusula sétima do Convênio FB-052/2009, celebrado entre as Associações e Entidades representativas das Instituições Financeiras[28] que integram o Sistema Financeiro Nacional, sobre as operações do Sistema de Compensação de Documentos.

> **Cláusula quinta.** O processamento dos documentos e transações no sistema pode gerar custos para as participantes que configuram, ao mesmo tempo, como Banco Destinatário e Banco Remetente**.**
> **Cláusula sexta**. Parágrafo único. Os valores unitários atribuídos ao custo de processamento serão apurados pelo Centro Nacional de Estudos de Custos – CENECUSTOS - da FEBRABAN e definidos entre as Associações signatárias destes Convênio, de acordo com a característica de cada operação.
> **Cláusula sétima**. Os custos referidos nas Cláusulas Quinta e Sexta serão reembolsados conforme a seguir:

[28] Convênio celebrado entre as associações e entidades representativas das instituições que integram o sistema financeiro nacional, para operações conjuntas do sistema de compensação de documentos no âmbito da Compensação de cheques (COMPE) e de transferências interbancárias no âmbito da Câmara Interbancária de pagamentos (CIP).

> Nos casos de Cheque, Boleto de Cobrança e TEC, os custos do Banco Remetente serão reembolsados pelos Bancos Destinatários, na proporção da diferença entre as transações e documentos remetidos e os recebidos (...).

Fica claro o caráter institucional, e não contratual, das atividades de operacionalização do Serviço de Compensação e Liquidação. Ainda que tenham reflexos nos integrantes do Sistema, não configuram prestação de serviço. Decerto, a tarifa interbancária configura um ressarcimento, não correspondente a uma retribuição, remuneração ou preço de serviço, razão pela qual deve ser afastada, de plano, a incidência do ISS.

Vale registrar que, em relação às tarifas interbancárias, uma grande quantidade de cheques ou boletos de baixo valor ensejará um ressarcimento bem maior do que se fosse um único título de valor elevado, o que só vem a confirmar que esta tarifa não está relacionada ao crédito atrelado à compensação.

A não incidência do ISS sobre as chamadas tarifas interbancárias tem sido tema discutido no âmbito dos Tribunais Administrativos e Judiciários, pelo que encontramos algumas decisões corroborando com o nosso entendimento. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[29] já se manifestou no sentido de sustentar a natureza de ressarcimento dos referidos valores, ou seja, custos inerentes à prestação da atividade-fim, e não remuneração sobre serviço prestado de forma autônoma pelo banco. Além do mais, o tribunal não identificou, na essência da tarifa interbancária, a sua equivalência a qualquer serviço listado pelo Decreto-lei 406/68, mas a sua natureza acessória em relação às atividades bancárias.

---

[29] ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – AUTO DE INFRAÇÃO – ISSQN – Serviços Bancários - Exercícios de 2000 a 2001 – Interpretação extensiva que, no entanto, não pode desbordar do conceito de serviço bancário como atividade-fim – Exclusão daquelas que não se enquadram na lista de serviço prevista na lei local e no Decreto 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar 56/87, vigentes ao tempo dos fatos geradores – **Tarifa interbancária que representa ressarcimento de despesas ou recuperação de custos, utilizadas na própria prestação do serviço e não à remuneração por algum serviço prestado autonomamente pelo banco** – Sentença mantida – Reexame necessário, que se considera interposto e Recurso voluntário da Municipalidade improvidos. (Recurso de Apelação nº 0030145-07.2005.8.26.0053; Relator(a): Rezende Silveira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/06/2015; Data de registro: 29/06/2015).
No mesmo sentido: Recurso de Apelação nº 9000037-40.2002.8.26.0506; Relator(a): Ricardo Dip; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Data do julgamento: 18/11/2014; Data de registro: 21/11/2014; AC 9059197-15.2009.8.26.0000, Relatora Silvana Malandrino Mollo, 14ª Câmara de Direito Público. Julgado em 24/07/2014 e AC 0157955-22.2008.8.26.0000. Relator Paulo Dimas Mascaretti, 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público. Julgado em 28/08/2014).

Em síntese, é neste cenário que se encontra o ressarcimento dos custos operacionais, denominado tarifa interbancária, que não está ligada ao crédito em si, nem mesmo à relação entre a instituição financeira e a pessoa que com ela transaciona (depositante ou pagador do boleto). Cuida-se de uma figura ligada ao funcionamento do respectivo Sistema de Compensação e Liquidação que se vincula ao seu custo de operacionalização, o que afasta qualquer cobrança a título de ISS e torna imperativa a aplicação da Súmula 588 do STF.

5.3 Adiantamento a Depositantes

As operações denominadas "Adiantamento a depositantes", subespécie do gênero *operações ativas*, constituem, ao nosso ver, atividade creditícia, tipicamente financeira, realizada pelas Instituições Financeiras em favor de seus clientes em situações excepcionais, quais sejam, as de emissão de cheques ou efetivação de saques (de qualquer espécie) sem o devido provimento de fundos em suas contas bancárias, ou, ainda, a realização de operações que estejam além dos limites de crédito concedidos.

Nessas situações de falta de provimento de fundos, ou de não atenção aos limites creditícios inicialmente concedidos, os bancos permitem a existência de saldo devedor nas contas bancárias de seus Clientes, antecipando recursos próprios para o pagamento daqueles cheques/saques, o que será objeto de futuro reembolso pelo Cliente. Esse provimento de fundos caracteriza-se como *obrigação de dar*[30], por constituir, tão somente, a disponibilização de valores aos Clientes da Instituição Financeira, a fim de que não restem inadimplentes junto a seus credores.

Para disponibilizar esses valores, as instituições financeiras recebem de seus correntistas uma determinada quantia (denominada "tarifa"[31] pela Circular Bacen nº

---

[30] A doutrina civilista sustenta que, diferentemente da obrigação de fazer, a obrigação de dar consiste em vínculo jurídico que impõe ao devedor a entrega de uma coisa preexistente, ao credor, para que este sobre ela adquira direito. Nesse sentido, são as lições de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil. Obrigações. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42): "*as obrigações de dar, que têm por objeto prestação de coisas, consistem na atividade de dar (transferindo-se a propriedade da coisa), entregar (transferindo-se a posse ou a detenção da coisa) ou restituir (quando o credor recurpera a posse ou a detenção da coisa entregue ao devedor)".*

[31] "Tarifa" é vocábulo que se presta a várias acepções. Para concluir-se que há receita tributável pelo ISS é preciso indagar e comprovar a origem da receita, qualquer que seja o nome que se lhe dê. Ainda que admitamos não ser a terminologia mais adequada, o Banco Central dela se utiliza para referir-se aos valores fixos cobrados nessa espécie de operação creditícia, razão pela qual valemo-nos também dela, a fim de evitar confusões quanto ao instituto invocado.

3.371/07), além da remuneração financeira advinda da incidência de juros sobre o montante objeto do empréstimo.

Por envolver entrega de capital com promessa de futura devolução em contratos de mútuo, essas contraprestações que advêm do crédito concedido aos clientes levam em conta não só o valor efetivamente entregue, mas também o risco assumido pela instituição financeira em tais operações ao disponibilizar capital.

É dizer, para a realização da operação as Instituições Financeiras contabilizam em seus registros contábeis, nos termos das normas estabelecidas pelo Banco Central (Plano de Constas COSIF), os seguintes numerários: (i) devolução do valor objeto de empréstimo (valor disponibilizado ao Cliente para o provimento de fundos); (ii) juros (receita financeira decorrente da remuneração pelo capital); e tarifa (risco assumido pela empresa).

Os valores em referência são comumente alocados no grupo de contas COSIF relacionado a *Receitas de Adiantamento a Depositantes.* A análise de cada subconta e conta interna, de forma individualizada, torna possível a separação da natureza de cada rubrica.

Assim, muito embora se saiba que, com relação aos valores relacionados às receitas de juros e à devolução do montante objeto de empréstimos, não incide ISS, vezes em quando, tais rubricas são objeto de atuação pelos Fiscos Municipais, notadamente por estarem relacionadas – registradas em conjunto – a *receitas de adiantamento a depositantes.*

As rendas registradas a título de devolução da quantia emprestada correspondem à concessão do crédito, ou seja, aos próprios valores objeto de antecipação aos Clientes – empréstimo – constituindo mera obrigação de dar e não obrigação de fazer.

As receitas de juros, por sua vez, são auferidas pelas Instituições Financeiras em função do crédito concedido (empréstimo). Trata-se, como é cediço, de receita financeira, ou seja, remuneração pelo capital, não abarcada pelo campo de incidência do ISS.

Corroborando com esse entendimento, vem se manifestando a jurisprudência dos Tribunais Pátrios[32].

---

[32] APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISSQN. OPERAÇÕES FINANCEIRAS. IMPOSSIBILIDADE DA TRIBUTAÇÃO. O Superior Tribunal de Justiça, no RESP 1.111.234 submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08, entendeu que a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência do ISS, comporta interpretação extensiva para serviços congêneres, desde que demonstrada pertinência. In casu, o laudo pericial apontou que a as receitas da conta tributada não correspondem à remuneração por serviços prestados, mas sim à remuneração do capital (juros) em razão de adiantamentos concedidos aos depositantes, razão pela qual é incabível a incidência de ISS. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70052598398, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 10/04/2013)

Ultrapassa a questão da tributação – igualmente indevida – sobre os valores que correspondem ao próprio crédito e aos juros, passamos a analisar aqueles auferidos pela Instituição Financeira a título de tarifa.

Em razão da concessão do crédito aproveitado pelo correntista, o Banco recebe valores decorrentes do especial risco assumido pela instituição financeira (Tarifa de Adiantamento a Depositantes – TAD) e pela remuneração do capital objeto do empréstimo (juros). É sobre a primeira que se está exigindo o ISS em discussão.

A atividade consistente no adiantamento a depositantes constitui verdadeira operação creditícia e, como tal, está sujeita ao IOF, e não ao ISS. Desta forma, a pretensão da Municipalidade viola a distribuição da competência tributária, especialmente as previstas nos arts. 153, V e 156, III da Constituição Federal. Para que se possa vislumbrar da incidência do ISS, faz-se necessário o enquadramento da atividade no conceito de *serviço tributável*, entendido como obrigação de fazer onerosa, realizada em proveito de outrem.

O fato de haver a cobrança de uma tarifa previamente à concessão do empréstimo pelo Banco não permite a cobrança do ISS. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.176.753-RJ, julgado sob o rito de Recurso Repetitivo, para se permitir a incidência tributária, a cobrança de tarifa é irrelevante; deve-se verificar se há uma prestação de serviço tributável, nada mais. *"(...) a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS"*. E, como no caso não há prestação de serviço, jamais se poderia admitir a incidência do ISS.

A avaliação de crédito realizada pela instituição financeira em função do risco assumido na concessão do empréstimo – nítida atividade meio – é realizada em seu próprio benefício. Age o banco em interesse próprio, com vistas ao ressarcimento dos gastos já dispendidos por meio da tarifa, e não no interesse do cliente, fato que descaracteriza qualquer indício de prestação de serviço[33].

---

[33] Como visto no capítulo próprio, a impossibilidade de tributação das chamadas "atividades-meio" é matéria pacífica no STJ, que assim já decidiu: "TRIBUTARIO. ISS. SERVIÇOS ACESSORIOS PRESTADOS POR BANCOS. NÃO INCIDENCIA. LISTA ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68. TAXATIVIDADE. OS SERVIÇOS DE DATILOGRAFIA, ESTENOGRAFIA, SECRETARIA, EXPEDIENTE ETC. PRESTADOS PELOS BANCOS NÃO POSSUEM CARATER AUTONOMO, POIS INSEREM-SE NO ELENCO DAS OPERAÇÕES BANCARIAS ORIGINARIAS, EXECUTADAS, DE FORMA ACESSORIA, NO PROPOSITO DE VIABILIZAR O DESEMPENHO DAS ATIVIDADES-FIM INERENTES AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. A LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68 E TAXATIVA, NÃO SE ADMITINDO, EM RELAÇÃO A ELA, O RECURSO A

Um cliente que recebe dos Bancos o adiantamento em questão não o procura para ver realizada uma análise de sua situação econômico-financeira. Busca o cliente o empréstimo. Tal análise é feita pelo Banco em benefício próprio, no intuito de minimizar os riscos de inadimplência. Em outras palavras, o cliente, nesse caso, não assume a posição de tomador. E muito menos o Banco assume a condição de prestador.

Para que haja serviço tributável, sua prestação deve se dar a terceiros. Ainda que se pudesse vislumbrar a possibilidade de *prestação de serviço a si próprio* – o que se cogita tão somente a título de argumentação, visto que o regime jurídico do ISS no Brasil não a admite – tal fato não seria capaz de demonstrar riqueza, e sua tributação iria de encontro ao princípio da capacidade contributiva (artigo 145, §1º da CF/88), afastada, portanto, por expressa disposição constitucional.

5.3.1 Preços diferenciados

As instituições financeiras prestam serviços e praticam operações de crédito para os seus clientes e como remuneração de sua atividade percebem receitas intituladas de tarifas, comissões ou juros. Notadamente no que se refere às tarifas, temos contraprestação a ser paga pelo cliente à instituição financeira, em razão do serviço prestado. Para que possam ser cobradas, as instituições são obrigadas a explicitar aos seus clientes, quando da contratação de sua conta de depósito, sobre os serviços que podem vir a ser prestados e as tarifas que serão exigidas pela sua realização.

A fim de disciplinar as referidas cobranças, notadamente em se tratando de clientes pessoas físicas, o Conselho Monetário Nacional (CMN) editou as Resoluções nºs 3.516, de 2007, 3.919, de 2010 e 4.196, de 2013, elencando os serviços que podem vir a ser remunerados por tarifas bancárias, bem como a sua classificação, quando prestados a pessoas

---

ANALOGIA, VISANDO A ALCANÇAR HIPOTESES DE INCIDENCIA DIVERSAS DAS ALI CONSIGNADAS. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO, SEM DISCREPÂNCIA." (REsp 69986/SP, Relator: DEMÓCRITO REINALDO, T1 - PRIMEIRA TURMA, DJ 30/10/1995 p. 36734). Mais recentemente: "TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS. ATIVIDADE-MEIO. NÃO-INCIDÊNCIA. 1. Não incide o ISS sobre serviços prestados que caracterizam atividades-meio para atingir atividades-fim, no caso a exploração de telecomunicações. 2. Marcelo Caron Baptista, em "ISS - Do Texto à Norma", editada pela Quartier Latin, p. 692, doutrina: "A prestação de serviço tributável pelo ISS é, pois, entre outras coisas, aquela em que o esforço do prestador realiza a prestação-fim, que está no centro da relação contratual, e desde que não sirva apenas para dar nascimento a uma relação jurídica diversa entre as partes, bem como não caracteriza prestação do serviço de transporte interestadual, intermunicipal ou de comunicação, cuja tributação se dará pela via do ICMS". (...)"(STJ, 1ª Turma - REsp 883254/MG. Rel. Min. José Delgado. DJ 28.02.2008, p. 74).

naturais, em essenciais, prioritários, especiais e diferenciados, a teor do inciso II do §1º do art. 1º da aludida Resolução.

O Conselho Monetário Nacional disciplina a cobrança das tarifas sobre cada grupo de serviços, fixando os valores mínimos e máximos que podem ser cobrados por cada tarifa pelas instituições financeiras, conforme tabela disponível no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil[34], cabendo as instituições a fixação dos valores que pretendem cobrar dos seus clientes. A Resolução CMN nº 3.919, de 2010 estabelece que devem ser oferecidos aos clientes pessoas físicas pacotes padronizados de serviços prioritários, os quais obedecem ao disposto na Resolução CMN nº 4.196, de 15 de março de 2013, e faculta o oferecimento de pacotes de serviços contendo serviços prioritários, especiais e/ou diferenciados. Em ambas as hipóteses o preço fixado pelo pacote de serviço não pode exceder a soma das tarifas cobradas individualmente, conforme o inciso I do art. 6ª e art. 7º da Resolução CMN nº 3.919, de 2010. Para os clientes pessoas jurídicas, a referida resolução nada dispõe a respeito do oferecimento de pacotes padronizados.

Destaca-se, ainda, que as instituições financeiras, a teor do art. 15 da Resolução CMN nº 3.919, de 2010, devem divulgar aos seus clientes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, os pacotes de serviços padronizados, não sendo obrigatória a divulgação dos pacotes personalizados.

Com base nas premissas acima esposadas, afirma-se que o Banco Central do Brasil concede as instituições financeiras liberdade para a fixação do preço a ser cobrado por cada tarifa individualmente, bem como por cada pacote de serviço oferecido, desde que respeitadas as balizas fixadas pelo Conselho Monetário Nacional, a saber: os limites mínimos e máximos permitidos para a cobrança e que os valores cobrados pelos pacotes de serviços oferecidos não ultrapassem a soma de cada tarifa nele oferecida individualmente e que o preços sejam pré-fixados.

Respeitados tais parâmetros, é prerrogativa da instituição financeira contratar livremente com os clientes o preço exigido pelas atividades prestadas. Assim, de acordo com as características de cada cliente e o seu histórico de transações, as instituições financeiras disponibilizam um pacote personalizado de serviços em que os valores cobrados pelas tarifas são reduzidos em relação ao valor máximo estabelecido pelo Banco Central. Tais valores são estabelecidos previamente a prestação do serviço, sendo contratados inicialmente entre

[34] Tabela consolidada de valores mínimos e máximos de tarifas que podem vir a ser exigidas de pessoas físicas. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/fis/tarifas/htms/htarco11F.asp?idpai=TARBANVALMED, acesso em 10 de janeiro de 2017.

a instituição financeira e os seus clientes. Trata-se de uma tarifa cujo “preço é avençado, conforme a liberdade de contratação das partes”, isto é, “preços diferenciados”.

Em atendimento ao disposto nas resoluções do Conselho Monetário Nacional, os preços diferenciados são fixados previamente, quando da contratação com o cliente ou de acordo com a estipulação contratual acordada, ou seja, são definidos anteriormente à prestação do serviço que dará ensejo à sua cobrança.

Para cada perfil de cliente as instituições financeiras, dentro dos limites mínimos e máximos de preços prefixados pelo Banco Central, podem fixar de forma diferenciada o preço do serviço a ser prestado. Essa fixação diferenciada de preço em relação ao preço máximo determinado pelo Banco Central não implica a concessão de um desconto, mas, diversamente, a prática de um livre ato negocial que privilegia seus clientes.

Em certos casos, de acordo com o volume de transações, os preços podem vir a ser pactuados mensalmente, de acordo com a intensidade do uso dos serviços pelo cliente no mês anterior, ou seja, de acordo com o perfil do cliente. Exemplificando o exposto, observa-se a seguinte situação fictícia: para os fatos geradores que ocorrerão no mês de setembro, o preço a ser cobrado à título de sua contraprestação será fixado de acordo com o perfil do cliente no mês de agosto.

Observe-se que, ao adotar esta sistemática, a instituição financeira não está infringindo qualquer norma do Conselho Monetário Nacional, mas atuando como um agente financeiro dentro de um sistema que é assegurada a livre concorrência.

Em suma, as instituições financeiras, em razão de um histórico de relacionamento comercial (pretérito, obviamente), livremente fixa o preço do serviço prestado que, uma vez aceito pelo cliente, será exigido à título de contraprestação. Tal procedimento consubstancia um ato negocial praticado anteriormente à prestação do serviço (ocorrência do fato gerador) pelas partes, fazendo uso da liberdade para a fixação dos preços das tarifas outorgada não apenas pelo Conselho Monetário Nacional, mas pela Constituição Federal.

É importante observar que a fixação de um preço diferenciado não implica na concessão de um desconto, uma vez que este implica na concessão de um abatimento do valor fixado como a contraprestação a ser paga e o valor efetivamente devido.

A sistemática aqui descrita trata-se da fixação do preço do serviço e não de um abatimento concedido ao cliente.

No anseio de aumentar a sua arrecadação de impostos, os Municípios pretendem levar a diferença entre o preço do serviço efetivamente recebido pela instituição financeira e o limite máximo que poderia ser cobrado pela tarifa à tributação pelo ISSQN, sob o

fundamento de que não se tratariam de *preços diferenciados* de tarifas, nem de *descontos incondicionais*, mas, sim, de preços de tarifas que sofreram descontos condicionados ao atendimento de regras pré-estabelecidas.

Contudo, não há se falar em descontos condicionados praticados pelas instituições financeiras, mas, sim, preços diferenciados concedidos a seus Clientes. O que se verifica é o desvirtuamento da base de cálculo do ISS pelos Municípios, na medida em que busca tributar valores que não constituem verdadeiras receitas advindas da prestação de serviço.

Como já explicitado, o valor do preço já é, então, fixado definitivamente no momento da avença da instituição financeira com seu cliente, o que já afastaria qualquer alegação de tratar-se de *desconto concedido sob condição.*

A sistemática aqui exposta não se confunde com a assunção de negócio jurídico sujeito a evento futuro incerto (concessão de descontos condicionados), conforme a tese defendida pelos Municípios.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 121, prescreve o significado de subordinação de negócio jurídico a evento futuro e incerto[35].

Como se pode verificar, os descontos condicionais são aqueles decorrentes de cláusula na relação negocial que vincule a concessão do desconto a determinada prática futura, mas não obrigatória (por isso incerta) do cliente.

Na sistemática aqui discutida, o cliente não obtém preço diferenciado "sob a condição de realizar determinado requisito", mas, sim, porque "já realizou o requisito exigido" em momento anterior à prestação do serviço. A fixação do preço não é condicionada a evento futuro e incerto, mas decorre de características anteriores à ocorrência do fato gerador, levadas em consideração no momento da fixação do preço (tarifa) junto ao cliente. Trata-se de evento pretérito que enseja a diferenciação do preço, e não diferenciação que exige evento futuro e incerto.

Desta forma, o valor do preço já é, então, fixado definitivamente no momento da avença da instituição financeira com seu cliente, o que afasta qualquer alegação de tratar-se de desconto concedido sob condição.

Importa advertir que não se pode confundir o limite máximo teórico das tarifas praticadas pelo Banco (tabela de tarifas), conforme determina o Banco Central, com o preço do serviço efetivamente fixado para cada cliente. A tabela geral de tarifas afixadas nas

[35] Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

agências se apresenta como preço de referência, e não como efetivo preço praticado, que somente se aperfeiçoará mês a mês, de acordo com a ocorrência os fatos geradores.

Em síntese, os preços diferenciados praticados pelas instituições financeiras segundo as características de cada cliente (evento pretérito) não se confundem com descontos condicionais, (prática futura). Além disso, ainda que se considere os preços diferenciados como descontos, seriam estes incondicionados, eis que desvinculados de qualquer evento futuro e incerto. Seria condicionado eventual desconto que as instituições financeiras concedessem **após a ocorrência do fato gerador**[36].

Haveria desconto condicionado se, por exemplo, a redução no preço do serviço fosse condicionada a algum ato do cliente (pagamento antecipado, por exemplo) após a ocorrência do fato gerador, que é a efetiva prestação do serviço, o que não é o caso em tela.

Desta forma, ainda que se considere tratar-se de desconto seria ele incondicionado, uma vez que a sua concessão não está condicionada à ocorrência de algo posteriormente à prática do fato gerador.

Importa destacar que sejam considerados preços diferenciados, sejam considerados descontos condicionados ou incondicionados, remanescerá a impossibilidade de incidência do ISS sobre a diferença entre a tarifa máxima fixada pelo Banco Central e a tarifa (reduzida) cobrada do cliente, na medida em que a tributação de tal diferença implica em submeter a incidência do ISS receitas que sequer foram percebidas pelas instituições financeiras. Sobre o tema são as claras lições de Bottalo:

Sem base de cálculo, inexistente será a própria observação de pagar tributo. No caso concreto do ISS, sua base de cálculo é o preço do serviço (art. 9 do Decreto-lei n. 406/68, com a redação do Decreto-lei n. 834/69). Diga-se, desde logo, que o conceito de 'preço do serviço' não se confunde e nem pode compreender todo o conjunto das entradas de caixa que venham a ocorrer no curso das atividades desempenhadas pelos contribuintes, na medida em que estas se revestem de distintos fundamentos e origens, cada qual sujeita a apreciação própria. Tais entradas, por não se caracterizarem como fatores de remuneração de atividade economicamente desenvolvida, obviamente, não servem de parâmetros para adequada identificação da contrapartida que o 'preço dos serviços' deve representar; por outras

[36] Corroborando com esse entendimento é o trecho do voto do Min. Luís Roberto Barroso, em julgamento em que se discutiu a inclusão dos descontos na base de cálculo do IPI (RE nº 567.935), in verbis: “Os descontos incondicionais são reduções no preço de venda do produto, os quais não dependem da ocorrência de evento posterior à emissão da nota fiscal”.

palavras, eles não compartilham da natureza comum dos valores que irão compor, em conjunto, a base de cálculo do tributo que se cuida.[37]

Conforme as lições do eminente professor, só pode haver ISS em face do auferimento de receita, isto é, sobre o valor que constitui o efetivo preço do serviço, e desde que provenha e se origine de atividade dessa espécie, tributável pelo Município. Preço do serviço, por sua vez, é o resultante da quantia recebida, após a concessão de desconto, condicionado ou não e o desconto concedido implica automaticamente diminuição de receita. Essa é, aliás, a única conclusão possível ante o princípio constitucional da capacidade contributiva, que adquire, aqui, uma dimensão concreta: a cobrança do tributo deve ter como base a mensuração do fato eleito como apto a dar ensejo à tributação[38]. É dizer: o ingresso, além de advir da prestação de serviços, deverá constituir *acréscimo patrimonial* (receita), ou inconstitucional será a cobrança. Além disso, o artigo 7º da Lei Complementar 116/2003 é claro ao afirmar que a base de cálculo do ISS é o valor do serviço prestado e efetivamente ingressado nos cofres do prestador.

5.4 Outras receitas contabilizadas

5.4.1 Recuperação de encargos e despesas

Os valores contabilizados pelas Instituições Financeiras a título de reembolso de despesas, notadamente aqueles incorridas com deslocamento de funcionários por motivo de viagens, condução, hospedagens, etc., não constituem contraprestação por serviço prestado, mas, sim, mero ressarcimento de despesas, pelo que não configuram fato gerador do ISS. Não se tem receita decorrente de prestação de serviços, mas o mero ingresso de valores para ressarcimento dos custos incorridos pelos Bancos no desempenho de suas atividades.

5.4.2 Rendas de outros serviços e exportação

---

[37] BOTALO, Eduardo. **Base de cálculo do ISS e importâncias reembolsadas ao prestador de serviços.** Repertório IOB de Jurisprudência 1-11611, n. 21/97, caderno 1, São Paulo: IOB, 1ª quinzena de novembro de 1977, p. 525.

[38] Nesse sentido, vide definição do Eminente Min. do E. STF, Dias Toffoli, “objetivamente falando, o princípio da capacidade contributiva deve consubstanciar a exteriorização de riquezas capazes de suportar a incidência do ônus fiscal e não sobre outros signos presuntivos de riqueza”.

As receitas registradas nos Planos de Contas das Instituição Financeiras, comumente denominadas de "Rendas de Outros Serviços e Exportação", correspondem a valores obtidos através das operações de administração de fundos de pensão, clubes de investimento, carteiras de ações, dentre outras. Tais atividades são tipicamente bancárias e adstritas à intermediação financeira, não sofrendo, assim, a incidência do ISS.

No que se refere à Lista de Serviço anexa à Lei Complementar 56/87, tais atividades eram expressamente excluídas do campo de incidência do ISS, o que pode ser observado a partir da leitura dos itens 44, 46, e 48. Somente eram relacionadas na lista as atividades realizadas *por outras empresas* que não as instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central.

Destaque-se que, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de excluir do campo de incidência do ISS as atividades de "administração de fundos", "agenciamento" e corretagem" quando prestadas por instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central[39].

É de se reconhecer, assim, a impossibilidade de incidência do ISS sobre os valores em comento.

5.4.3 Tarifa de abertura de crédito

Trata-se de valores auferidos pelas Instituições Financeiras a título de ressarcimento das despesas incorridas para a obtenção de certidões e informações acerca da regularidade e idoneidade financeira dos interessados em firmar contratos de abertura de crédito com o banco, em atendimento à Resolução 1.559. Para a abertura de crédito, os Bancos precisam realizar certas consultas acerca do cliente, no que incorre em custos reembolsáveis mediante a tarifa em referência. Por outro lado, não se pode deixar de considerar que tal atividade é mera atividade meio realizada pelo Banco, preparatória à atividade fim da

[39] Tributário. Imposto sobre Serviços. Lei Complementar. Lista taxativa. 1. – As atividades de administração de fundos, agenciamentos, corretagem ou intermediação [...] As instituições, que efetuam a corretagem, o agenciamento ou a intermediação de quaisquer títulos, como é o caso da apelada, ao serem autorizadas pelo Banco Central para funcionarem, não estão sujeitas ao pagamento do ISS, conforme previsão contida no item 46, da lista em anexo ao Decreto-lei nº 406/68, com redação dada pela Lei Complementar 56/87, in verbis '46 – agenciamento, corretagem ou intermediação de direitos de títulos quaisquer (exceto os serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central)'. Neste caso, insista-se, embora o art. 46, do Decreto-lei nº 406/68, autorize a tributação, pelo imposto de serviços, dos serviços de administração de fundos, agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia e de faturação, excepcionam os serviços prestados pelas instituições autorizadas pelo Banco Central, razão pela qual não há porque a Lei Municipal pretender tributar essas empresas [...].

instituição financeira, qual seja, a concessão de crédito, nítida operação de crédito, sujeita, exclusivamente, à incidência do IOF.

Contudo, em razão do quanto dispõe o item 15.08 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003[40], os Fiscos Municipais têm submetido a referida atividade à tributação, por entender se tratar de atividade de análise de crédito, sujeita, ao seu ver, à incidência do ISS, com o que não concordamos.

5.3.4. Rendas de serviços de custódia e subcustódia

As Instituições Financeiras auferem valores relacionados à liquidação de títulos próprios ou de terceiros, os quais são registrados em contas próprias comumente denominadas de *Rendas de Serviços de Custódia e Subcutódia*. Embora a nomenclatura dada à conta em questão, trata-se de verdadeira atividade meio, sem a qual não seria possível atingir o resultado final pretendido pelo cliente: a intermediação financeira para a liquidação de títulos. Tais atividades não estão sujeitas à incidência do ISS, uma vez que não decorrem de prestação de serviço.

Noutras palavras, sobre as atividades realizadas pelas instituições financeiras a título de custódia de valores mobiliários não há a incidência do imposto de competência Municipal, uma vez que tais atividades são auxiliares e acessórios, não revestidas, portanto, de autonomia necessária para configurar serviço individualizável e, por consequência, constituir-se fato gerador do ISS.

Corroborando com esse entendimento, o Supremo Tribunal de Federal já se manifestou sobre o tema, consignando a não incidência do ISS sobre rendas de custódia, nítidas atividades meio[41].

---

[40] Item 15.08 da LC 116/2003: Emissão, remissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos à abertura de crédito, para quaisquer fins.

[41] Vejamos o quanto restou decidido pelo Ministro Relator Décio Miranda, no Recurso Extraordinário nº 97.804: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. ATIVIDADES BANCARIAS. CUSTODIA DE TITULOS, ELABORAÇÃO DE CADASTRO, EXPEDIENTE. SERVIÇOS SEM AUTONOMIA PROPRIA INSEPARAVEIS DA ATIVIDADE FINANCEIRA, QUE NÃO SUSCITAM O IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE SERVIÇOS EXCEÇÃO CONSIGNADA NA PROPRIA LEI MUNICIPAL PARA AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. [...] Nem se pode subsumir na alínea 14 da lista, alusiva à 'datilografia, estenografia e expediente', eis que, nos estabelecimentos bancários, tais atividades apenas correspondem a meios de prestação dos serviços e não a estes próprios, que constituem na coleta e confronto de dados financeiros e administrativos. O item 'expediente desperta idêntica recusa. É apenas a expressão de serviços variados, prestados no exercício de atividades-meio do comércio bancário, que, como diz o acórdão recorrido, 'não chegam a constituir um serviço próprio, autônomo'.

Em síntese, posto não haver subsunção do fato à norma, haja vista estarmos diante de nítidas atividades meio, não resta configurada a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza.

CONCLUSÕES

1. Em busca da consagração do pacto federativo, da isonomia entre os entes federados, da autonomia municipal, dentre outros princípios, a Constituição Federal de 1988, de modo rigoroso e exaustivo, distribuiu as competências legislativas, notadamente no que se refere à matéria tributária. Preocupou-se como poucas em repartir minuciosamente as competências tributárias entre as pessoas políticas — União, Estados, Municípios e Distrito Federal — que receberam, a partir do momento de sua promulgação, a faculdade de editar leis que criam, *in abstrato*, tributos: a chamada competência tributária. O sistema jurídico brasileiro limita e regra as competências tributárias, impedindo a formação de poder tributário ilimitado.

1.1 Dentre as inúmeras conjecturas semânticas para expressa "competência tributária", optamos pela proposta de Paulo de Barros Carvalho de competência tributária, ou competência legislativa, como a "aptidão de que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, inovando o ordenamento positivo". A atribuição legiferante outorgada pela Carta Magna aos entes Federados não se restringe à instituição de tributos, abrangendo todo o trato da matéria tributária.

1.2 A Constituição Federal de 1988 não criou tributos, mas delineou competências tributárias para que as pessoas políticas de direito público os criassem, mediante lei e em conformidade ao processo legislativo previsto constitucionalmente.

1.3 A delimitação minuciosa da competência de cada ente tributante decorre da rigidez e inflexibilidade do Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. Ao erguer um sistema tributário extenso e cuidadoso, o constituinte buscou afastar conflitos, atritos, dúvidas e problemas decorrentes de sua aplicação. Nesse contexto, não obstante o minucioso, preciso, rígido e exaustivo sistema constitucional, a Constituição Federal é, também, plástica, se adaptando às mais diversas necessidades dos tempos e circunstâncias. Assim, podemos afirmar que a rigidez do sistema constitucional não encontra óbice nas possibilidades de mutação e evolução do próprio sistema.

1.4 Diversas referências sígnicas foram insertas no texto constitucional, tidas como preceitos a serem necessariamente observados pelo legislador na instituição dos respectivos tributos. No intuito de aclarar os parâmetros interpretativos da competência tributária e, até mesmo, de delimitar o campo de atuação do legislador infraconstitucional, impõe-se, primeiramente, o reconhecimento da existência de limites postos constitucionalmente e a demarcação destas balizas. Diante do papel da lei complementar no sistema, quer nos parecer que o melhor entendimento acerca da interpretação dos signos constitucionais diz respeito à construção dos conceitos tributários por meio de um processo eminentemente constitucional, devendo o legislador infraconstitucional simplesmente reconhecer tais conceitos como balizadores de sua atuação. Ao legislador infraconstitucional cabe, tão somente, dar contornos mais nítidos aos conceitos já previamente estabelecidos no texto constitucional.

1.5 A determinação de conceitos constitucionais-tributários deve partir, inicialmente, da análise do próprio texto constitucional, da conotação dos seus signos, e de modo a esgotar a análise dos enunciados que substanciam a Carta Magna. Ao intérprete, caberá perquirir, em face da acepção jurídica preexistente de cada signo constitucional positivado, se houve sua recepção pela nova ordem constitucional, ou se houve a alteração ou transformação desse significado (positivação de conceito autônomo), concluindo-se, assim, pela não-recepção do conceito. Considerando-se que não se presume o acolhimento de conceitos autônomos, a alteração ou transformação do conceito, à luz da nova ordem jurídica, deverá ser devidamente demonstrada mediante os comandos normativos constantes na nova ordem instalada. Feitas essas ponderações, ao legislador infraconstitucional será atribuído campo restrito de atuação, totalmente adstrito ao signo semântico constante do texto constitucional.

1.6 A Constituição Federal de 1988 adota um conceito preciso de tributo, embora faça o uso de forma implícita. O reconhecimento do instituto se dá pela reunião de princípios e normas que tratam de um fato ou situação jurídica.

1.7 O conceito jurídico-positivo de tributo será construído pelo intérprete a partir da análise das normas jurídicas constitucionais e não pela verificação das disposições constantes na legislação infraconstitucional que trata da matéria tributária. O tributo se predefine na Constituição, sendo reservados à lei ordinária, apenas, os contornos nítidos da sua

hipótese de incidência. O cerne e suas delimitações serão extraídas da Carta Magna, ao passo que caberá à lei ordinária o papel de conferir detalhes mais precisos.

1.8 Não obstante o regime jurídico que for atribuído a uma dada obrigação, o seu caráter tributário somente será fixado a partir da subsunção da exigência ao conceito de tributo. Como bem esclareceu Paulo Ayres Barreto, "presentes as notas típicas de tributo, impõe-se o reconhecimento de sua natureza específica, independentemente da denominação ou outras pretensões do legislador que não tenham sido efetivamente enunciadas" [1]

1.9 Lei complementar não cria tributo; o constituinte trouxe seu conceito, estabelecendo parâmetros e diretrizes, a fim de que o legislador infraconstitucional, à luz das balizas então fixadas, pudesse defini-lo. Ao legislador infraconstitucional é dada "certa margem de discricionariedade para a definição dos precisos contornos da regra-matriz de incidência". Não obstante essa discricionariedade, o legislador infraconstitucional necessita respeitar as imposições contidas "no altiplano constitucional", sob pena de mácula ao texto constitucionalmente disposto. Esta interpretação nos parece ser a melhor dada a matéria.

1.10 No intuito de evitar que persistissem eventuais imprecisões nos conceitos constitucionais (existentes mesmo após um laborioso processo hermenêutico desenvolvido pelo intérprete sobre o texto constitucional, em razão da indeterminação semântica da linguagem), e a fim de dirimir dúvidas sobre o campo de incidência constitucionalmente autorizado, a Lei Suprema trouxe, como "remédio" à solução desse impasse, a lei complementar, cuja função, papel e limites de atuação, estariam estritamente adstritos às previsões da Carta Magna. Este veículo introdutor de norma tem como fim precípuo impedir conflitos em matéria tributária. Embora pareça contraditório admitir a existência de conflitos, dada a tão aclamada rigidez e sistemática demarcação de competência tributárias do nosso ordenamento, a primeira função material da lei complementar consiste em dispor sobre conflitos. A segunda função material da lei complementar é regulação das limitações constitucionais ao poder de tributar. A edição das normas gerais de direito tributário constitui a terceira função da lei complementar. A despeito da competência recebida, não é dado à lei complementar

[1] BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições**: Regime jurídico, destinação e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 42.

inovar a Constituição. Este instrumento introdutor de normas somente poderá versar o que, explicita ou implicitamente, está na Lei Suprema. Ao legislador complementar não é dado o poder de inovar, mas apenas declarar o que já está contido na Constituição, sob pena de ingressar em terreno que não é de sua competência. Nesse sentido, tratar de *normas gerais* seria um assunto delicado, dada a abrangência e as possibilidades do tema, atreladas à impossibilidade de o legislador desbordar os limites impostos pela Carta Magna. Ao Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966, com *status* de complementar), incumbiu esse dever. Especialmente no que se refere à regra-matriz de incidência tributária, não poderá o legislador infraconstitucional criar novos critérios ou definições que modifiquem ou ultrapassem os conceitos já insculpidos pelo constituinte, em contornos de tributos previamente fixados. É vedado, portanto, que qualquer outro ente, que não aquele previsto pela Carta Maior, legisle ou institua tributo, ou o faça diversamente do arquétipo tributário delineado, sob pena de ofensa ao pacto federativo e à própria Constituição Federal. Afastando qualquer margem para a bitributação e, consequentemente, a invasão de competências, a Constituição atribuiu a cada entidade política um fato gerador distinto, a se arquitetar em um instituto jurídico autônomo e diferenciado uns dos outros.

2. "Operações" e "prestação" não são vocábulos equivalentes e a distinção entre os institutos deve partir da análise sistemática da Carta Constitucional. Observamos dos incisos que compõe o parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição Federal de 1988, a delimitação do âmbito de atuação dos tributos, recaindo o alcance do ICMS sobre as *operações* relativas à circulação de mercadoria e sobre a *prestação* de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. A partir de tais considerações, vemos que a demarcação dos conceitos dos vocábulos "operação" e "prestação" é pressuposto necessário a se evitar a incidência de imposto sobre fato jurídico não previsto em sua hipótese.

2.1 Não admitimos o chamado *bis in idem* supostamente permitido pela legislação. Na nossa visão, não é possível admitir que, de forma direta ou indireta, os eventos tributáveis pelo IOF sejam serviços que, ao menos, em tese, estejam passíveis de tributação pelo ISS. Não estamos diante de dois eventos distintos que implicam a incidência de tributos distintos. O fato jurídico tributável é um só; ou se tem prestação

de serviço, passível de incidência do ISS, ou se tem operação de crédito, por exemplo, passível de incidência do IOF. A incidência concomitante, ao nosso ver, não é permitida pelo ordenamento. Dentre os doutrinadores[2] que comungam desse entendimento, citamos as valiosas lições do mestre Aires F. Barreto: É que, em nosso sistema constitucional, a circunstância de um imposto onerar um fato exclui, de modo absoluto, qualquer outra oneração tributária sobre esse mesmo fato. Não há a possibilidade jurídica de incidência de duas leis tributárias sobre o mesmo fato (fenômeno que parte da doutrina qualifica de bitributação). Essa duplicidade, muito comum em outros sistemas jurídicos, foi rigorosamente tratada pelos nossos legisladores constituintes, desde 1934. Daí ter sido peremptoriamente excluída, no Brasil, a possibilidade de duas entidades tributantes onerarem o mesmo [3].

2.2 Ainda que sob a outorga de uma única competência e sob o manto de um único tributo (o IOF), cinco impostos são possíveis de serem identificados: (i) Imposto sobre Operações de Crédito; (ii) Imposto sobre Câmbio (incluindo-se o ouro, enquanto instrumento cambial); (iii) Imposto sobre Seguros; (iv) Imposto sobre Operações Relativas a Títulos Mobiliários; e, por fim, (v) Imposto sobre Operações Relativas a Valores Mobiliários (incluindo-se o ouro, enquanto ativo financeiro).

2.3 Se por regra-matriz entendemos a "expressão mínima e irredutível (com perdão do pleonasmo) de manifestação do deôntico, com sentido completo"[4], conseguimos construir a partir da dicção do inciso V, do artigo 153 do texto constitucional, cinco, e não quatro, regras-matrizes distintas, valendo-se a segregação proposta para títulos e valores mobiliários, incluindo-se no último o ouro, enquanto ativo financeiro.

2.4 É certo que não existe um imposto sobre *operações financeiras.* Tal expressão sequer encontra previsão no texto constitucional vigente. Encontramos no texto de 1988, por outro lado, cinco bases econômicas distintas e que não podem ser resumidas, nem mesmo subsumidas, ao gênero *operações financeiras.* Nem todas as atividades

---

[2] Nesse sentido, são as lições de Geraldo Ataliba (ICM: Base de Cálculo. Revista de Direito Tributário), Cléber Giardino (ISS – Competência Municipal. Revista de Direito Tributário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 32, 1985), Aires F. Barreto (ISS na Constituição e na Lei. São Paulo: Dialética, 2003) e José Eduardo Soares de Melo (ICMS Teoria e Prática. São Paulo: Dialética, 1995).

[3] BARRETO, Aires. F. **Curso de direito tributário municipal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

[4] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.531.

praticadas pelas instituições financeiras estão sujeitas aos impostos em comento. Muitas delas não configuram operações creditícias, operações cambiais, securitárias ou com títulos e valores mobiliários. Muitas vezes caracterizadas por inequívocas prestações de serviço, estão sujeitas, tão somente, ao imposto de competência Municipal. Pessoas jurídicas, entidades não financeiras que efetivamente realizarem uma das hipóteses de incidência da norma, estarão sujeitas aos impostos em questão, uma vez que o fato de ser intuição financeira não consta no critério material do tributo.

2.5 A extrafiscalidade não configura exceção ao princípio da legalidade, uma vez que a dicção do parágrafo primeiro do artigo 153 da Constituição Federal de 1988 é clara ao prever que, desde que *atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei*, poderá o Poder Executivo alterar as alíquotas dos impostos. Estas condições e limites serão tratados pelo legislador ordinário, quando da determinação dos critérios da regra-matriz de incidência.

2.6 No que se refere ao imposto tratado pelo artigo 153, V da Carta Constitucional, "operação", enquanto negócio jurídico apto a gerar efeito entre as partes, é o núcleo básico da regra matriz, o ponto comum de intersecção entre as possíveis materialidades do tributo. Os impostos em comento incidem eminentemente sobre fatos iluminados sobre contratos, que se desdobram em: (i) de crédito (mútuo e *factoring*), (ii) de câmbio (troca de moedas, incluindo-se o ouro, enquanto instrumento cambial), (iii) de seguro (contratos bilaterais, onerosos e aleatórios), (iv) relativo a títulos mobiliários (títulos de crédito, mercado de futuros, notas cambiariformes, etc.) e (v) relativo a valores mobiliários (ouro, enquanto ativo financeiro e RDB – recibos de crédito). Trata-se de balizas materiais, impostas pelo constituinte, que não deverão, sob qualquer que seja a perspectiva, ser ultrapassadas. Tais impostos não incidem sobre o crédito, o câmbio, etc., mas, sim, sobre os negócios jurídicos, ou seja, sobre as operações que envolvem estas materialidades.

2.7 A operação de crédito por excelência é aquela em que a prestação se faz, e a contraprestação se promete em dinheiro. Há a confiança como elemento intrínseco e indispensável daquele que fornece o crédito na solvência do devedor.[5] Para que a

[5] "Crédito", do latim *credere*, remete a ideia de confiança, segurança.

operação de crédito reste configurada é necessário, portanto, que a troca de prestações não seja contemporânea, ou seja, é imprescindível que haja um lapso temporal entre estas, sendo uma prestação presente (termo inicial) e outra futura (termo final). A operação de crédito não é apenas um negócio jurídico fundamental, mas envolve uma série de outros atos sem os quais não se realizaria.

2.8 A operação de crédito não é atividade privativa das instituições financeiras. Alguns negócios jurídicos em que os bancos são figurantes, podem ser realizados por pessoas físicas ou jurídicas, que não são bancos. Em tais casos, porque não há qualificação subjetiva, o negócio jurídico não é bancário[6]. O caráter financeiro da operação não advém do fato de ela ser "de crédito", mas sim em razão da circunstância da operação envolver uma entidade financeira. Por isso, falamos ser uma atecnia admitir que todas as operações de crédito são de cunho financeiro.[7] Somente possuem caráter financeiro, as operações que envolvem uma entidade financeira em um dos polos.

2.9 Para os fins da tributação, veremos melhor a seguir que não seria incorrer em equívoco admitir que o IOF incida sobre operações financeiras, uma vez se tratar de operações de crédito realizadas por instituições financeiras, mas a sua materialidade, efetivamente, se dá, sobre operações de crédito, ao passo que a sua sujeição passiva comporta que tais operações sejam realizadas tanto por instituições financias, quanto por entidades não financeiras (pessoas físicas e pessoas jurídicas). Fixamos tais premissas a fim de melhor compreender a materialidade do imposto, a sua sujeição passiva e, principalmente, estabelecer, como pressuposto, que a sua incidência não se dá somente em face das atividades bancárias, embora o presente estudo se proponha a analisar as operações desenvolvidas pelas instituições financeiras.

2.10 Diante das materialidades em direito admitidas, propomos que o critério material do imposto seja definido como o ato de realizar operações, (a) com instituição financeira, (a.i) de empréstimos sob qualquer modalidade, (a.ii) de aberturas de crédito e (a.iii) de

---

[6] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1983.

[7] Ao contrário do quanto propugnamos, o Banco Central sustenta que as operações de crédito envolverão, sempre, uma Instituição Financeira: "Chama-se de operação de crédito o contrato realizado entre um consumidor (denominado tomador ou devedor) e uma instituição financeira (denominada credora), que coloca à disposição do tomador determinado montante de recursos financeiros, comprometendo-se o tomador a devolver esses recursos em um determinado prazo, acrescido de juros." (vide http://www.bcb.gov.br/Fis/decic/bolconfin/Boletim_Consumo_e_Finan%E7as4.pdf)

descontos de títulos, bem como realizar operações, (b) entre pessoas jurídicas ou pessoas jurídicas e físicas (b.i) de mútuo de recursos financeiros e (b.ii) de *factoring*.

2.11 O critério temporal do imposto está intimamente ligado ao seu critério material e, em se tratando de operações de crédito, reputa-se ocorrido o fato gerador do tributo no momento da *entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado* (art. 1º, inciso I da Lei 5.143/66 e art. 3º e incisos, do Decreto 4.494/02). No caso das operações de *factoring*, não há previsão legal quanto ao critério temporal. O critério espacial, por sua vez, é todo o território brasileiro, na medida em que tal imposto possui a feição de nacional. Nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º do Decreto 4.494/02, o imposto sobre operações de crédito não incidirá sobre operações de crédito externo, ratificando o âmbito de validade da Lei 5.143/66. Quanto ao critério pessoal da regra-matriz, o sujeito ativo será sempre a União Federal, ficando a sujeição passiva do imposto a *qualquer das partes na operação tributada, conforme dispuser a lei ordinária* (artigo 66 do Código Tributário Nacional). Nesse sentido, nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.894/94, sujeito passivo do imposto sobre operações de crédito será o tomador de crédito. Em se tratando de operações que envolvam entidades financeiras em um dos polos, de acordo com o artigo 3º, inciso I, do Decreto-lei nº 1.783/80, as instituições financeiras são as responsáveis tributárias, as quais possuem o dever jurídico de promover a retenção do imposto. Por outros torneios, em se tratando de operações que envolvam entidades não financeiras, o artigo 13, parágrafo 2º da Lei nº 9.779/98 é expresso ao dispor que a pessoa jurídica concessora do crédito será a responsável pela cobrança e recolhimento do imposto. Quando o mutuante for pessoa física, esta será a responsável pelo recolhimento do tributo".[8] No caso das operações de cessão de crédito, acrescente-se que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 58 da Lei 9.532/97, a empresa de *factoring* adquirente do direito creditório será responsável pela cobrança e pelo recolhimento do tributo, o contribuinte, por sua vez, será cedente dos direitos creditórios originados pela venda a prazo. A base de cálculo será o valor da operação de crédito, assim considerado o principal que constitua o objeto da obrigação, ou o valor colocado à disposição do interessado, acrescido dos juros (arts. 1º e 2º da Lei 8.894/94). Incidirá sobre esta, a alíquota

[8] MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários – conceitos fundamentais. In: **Tributação Internacional e dos Mercados Financeiros e de Capital**. São Paulo: Editora Quartier, 2005, p. 154.

estipulada pela lei, cujo percentual máximo a ser alcançado será de 1,5% ao dia, podendo o Poder Executivo reduzi-la a zero. No que tange às operações de *factoring*, a Lei foi omissa quanto a sua base de cálculo, dispondo, contudo, que se aplicariam às operações de cessão de crédito *as mesmas alíquotas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.*

3. Não obstante a considerações a respeito do conceito econômico de serviço (surgimento do tributo em um contexto econômico propício - Reforma Tributária com "bases econômicas", e importação de estudos havidos na Europa à época da implantação do VAT), defendemos que o conceito de serviço tributável, empregado pela Constituição Federal para identificar a esfera de competência dos Municípios, é um conceito de Direito Privado, uma vez que os conceitos econômicos, ou meramente operacionais, não oferecem critérios seguros e precisos para delinear a apontada materialidade.

3.1 A delimitação do conceito de serviço tributável requer que o início dessa construção se dê no plano constitucional. Muito embora a Constituição não defina serviço explicitamente, para os efeitos tributários, isso não autoriza o interprete a fazê-lo a seu bel prazer. Pelo contrário, o interprete está condicionado por todo o contexto constitucional, pelas exigências dos princípios fundamentais e pelas insinuações sistemáticas, suficientemente vigorosas, para condicioná-lo decisivamente.

3.2 Partindo-se do texto constitucional, apontamos, as seguintes conclusões sobre os pressupostos negativos de sua conceituação: do conceito de serviço tributável deve ser excluído (i) o serviço público, uma vez que subsumível a regime de direito público e sujeito às imunidades tributárias, por força do estatuído na alínea "a", do incido III, do art. 150 da Lei Maior; (ii) o trabalho "para si próprio", que, em razão da ausência de cunho econômico no seu conteúdo ontológico, não é serviço tributável à luz da Constituição, porquanto, em consideração às exigências da isonomia, a prestação de serviços há de ter conteúdo econômico; (iii) os serviços prestados em regime familiar, altruístico, desinteressado e filantrópico, por lhes faltar o conteúdo negocial; (iv) o trabalho efetuado na relação de emprego ou subordinação, seja a empregador privado, seja ao Poder Público, cujo conteúdo econômico é excluído em razão de seu cunho alimentar; e, ainda, não fazem parte do conceito de serviço tributável pelo ISS (v) os serviços que foram atribuídos à competência dos Estados, quais sejam, os serviços de

transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, conforme prescrito pelo art. 155, II da Constituição.

3.3 Precisamente no tocante ao ISS, a lei complementar deve-se limitar a listar ou definir atividades que, por sua natureza, configurem serviço, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Não poderá o legislador infraconstitucional alterar o texto Supremo e retirar a competência constitucional de uma entidade política e dar a outra.

3.4 Ao menos explicitamente, a Constituição Federal não define o conceito de serviço para fins tributários, fixando diretrizes para que o intérprete o faça, incumbindo-se de fazer referência a este signo. A expressão de serviço está condicionada por todo o contexto constitucional, pelas exigências dos princípios fundamentais e pelas insinuações sistemáticas, suficientemente vigorosas para balizá-la decisivamente.[9] Como grande desafio, o legislador infraconstitucional recebe a tarefa de definir os conceitos em discussão, principalmente aqueles que se confundem com limites de outros conceitos, a fim de dirimir os conflitos de competências, devendo fazê-lo, no entanto, não de maneira plena, mas sempre em cotejo com as fronteiras competenciais fixadas no texto maior. A Constituição Federal impõe ao intérprete a busca construtiva dos seus significados dentro dos limites fixados no seu texto, cabendo-lhe apenas delinear as competências e desenhar os arquétipos das hipóteses de incidências, a serem descritas pelas leis instituidoras dos tributos.

3.5 Decompondo-se os aspectos inerentes ao conceito de serviço tributário demarcado no campo constitucional, encontramos: (i) o desenvolvimento do esforço humano; (ii) com conteúdo econômico (não compreende, portanto, atividade sem valor que, embora seja serviço, não é tributável); (iii) e resultado desejável, útil; (iv) direcionado a outrem (o tomador do serviço não pode ser “si próprio”); (v) sem subordinação; (vi) sob o regime de direito privado; (vii) com remuneração em contrapartida; e, por fim, (viii) não compreendido na competência de outro ente tributário.

3.6 Nos valendo das conclusões do mestre Aires F. Barreto, entendemos como serviço tributável por meio do ISS a prestação de esforço humano a terceiros, com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob regime de direito privado, tendente à obtenção de

[9] BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição e na lei**. Dialética. São Paulo, 2003, p. 27.

um bem material ou imaterial. Neste sentido, temos que o Imposto sobre Serviços, somente poderá recair sobre as obrigações de fazer, nenhuma outra. A distinção entre obrigações de dar e fazer se mostra de todo relevante sobretudo a fim de se evitar a invasão de competência de um ente tributante para com o outro, notadamente quando se está diante do ISS, IOF, ICMS e IPI.

3.7 Para que reste caracteriza a incidência do ISS não basta a presença do serviço, tal qual constitucionalmente pressuposto, necessário se faz a análise das atividades desenvolvidas pelo contribuinte, a fim de que reste afastado, de plano, a incidência do tributo sobre aqueles serviços que não configuram atividade fim do sujeito passivo. É com base nisso que asseveramos que, embora essenciais para a consecução da atividade fim, as meras atividades meio, instrumentáveis, preparatórias, sem vida própria e sem a autonomia necessária para configurar um serviço individualizado, não podem configurar base imponível do ISS.

3.8 A base de cálculo do imposto deverá ser indicada pelo legislador ordinário em consentâneo com o arquétipo desenhado pela Carta Constitucional, onde está insculpido os seus contornos e traços vitais. Não poderá ser tomada como base de cálculo do ISS a receita auferida pelo prestador que não corresponda à remuneração pela prestação de serviços de competência dos referidos entes políticos, sob pena de desvirtuamento do tributo, no mais das vezes com invasão de competência tributária alheia. Temos assim que a base de cálculo do ISS não é o volume de recursos financeiros que ingressam no caixa das empresas, mas a receita oriunda da prestação de serviços. Ingressos financeiros que representam mero trânsito de valores não configuram receita para fins da tributação do ISS.

3.9 A Lei Complementar 116/2003 é uma legislação de caráter nacional que serve para auxiliar na delimitação do critério material do ISS, indicando quais atividades se inserem nos limites de competências do Município, em atenção à rígida demarcação constitucional de competências tributárias. Forçoso é que se identifique a aptidão das listas de serviços tanto para evitar conflitos de competência quanto para preservar a segurança jurídica. A realidade brasileira não permitiria aos milhares de municípios a liberdade para definir os serviços tributáveis, pelo que faz nascer a necessidade da legislação nacional - como é a Lei Complementar nº 116/03 – para harmonizar as atividades exigíveis, em conformidade com os desideratos constitucionais. A

taxatividade da lista de serviços já foi reconhecida tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito jurisprudencial e, no que se refere aos serviços bancários, ela igualmente se impõe, sendo imperioso afastar eventuais aplicações analógicas. Admite-se, outrossim, interpretação extensiva da lista para abarcar serviços congêneres, o que não afastar a proeminente necessidade de se identificar a natureza da atividade prestada.

3.10 A despeito da competência outorgada ao legislador complementar para definir normas gerais de natureza tributária, bem assim evitar possíveis conflitos de competência, não podemos enxergar a Lista Anexa como norma cogente e ignorar que, em alguns casos, o arquétipo constitucional do imposto vem sendo desrespeitado ou, ainda, haja nítida invasão na ceara de competência de outro ente tributante. Não é porque uma atividade foi arrolada como serviço pela Lei Complementar 116/2003 que, efetivamente, detenha tal característica.

4. A União dedica poucos esforços para uma tributação precisa e eficaz entorno do IOF, permitindo, consequentemente, que os Municípios desbordem seu campo de competência, pretendendo uma tributação sobre operações que não configuram verdadeiras prestações de serviços. Surgem assim os conflitos de competência tributária e, até mesmo, os casos de dupla tributação, veementemente rechaçados pelo nosso ordenamento jurídico. Diante deste cenário de insegurança na tributação, o contribuinte tenta se valer de diversos meios, com o fim de aclarar as operações por si realizadas, no sentido de comprovar a real sujeição tributária. Torna-se necessário, portanto, investigar a natureza jurídica das receitas contabilizadas, sejam elas referentes a prestação de serviços, a meros ingressos, a reembolsos e, ainda, a operações creditícias propriamente ditas, para fim de oferecê-las à correta tributação.

4.1 Em linhas gerais, duas sãos as entradas realizadas pelas empresas: ingressos e receitas. Mais precisamente, os ingressos financeiros são gênero, do qual as receitas são espécies. O conceito de receita para fins tributários não pode ser equiparado ao conceito de receita para fins contábeis. Não obstante o registro dos valores contabilmente, os quais buscam refletir a natureza dos ingressos, é certo que o registro contábil não atribui natureza ao evento econômico. As recuperações de custos ou despesas são exemplos de ingressos financeiros que não podem ser qualificados como receitas. Trata-se de meros ressarcimentos de custos, recebidos com função de reembolsar a despesa ou custo

anteriormente suportado pela empresa. Ingressos que não revelam qualquer contraprestação por exercício de atividade, tampouco remuneração em negócios jurídicos travados e que não podem, portanto, configurar "receitas" para fins tributários.

4.2 Utilizando-se com certa liberdade de nomenclaturas e rubricas próprias, as Instituições Financeiras organizam seus registros contábeis, inserindo nas diversas contas do Plano Contábil das Instituições Financeiras do Sistema Financeiro Nacional - COSIF, diferentes tipos de receitas. As diretrizes consubstanciadas no Plano COSIF, tal qual a existência de títulos contábeis, não pressupõe a permissão para a prática de operações ou serviços vedados por lei, tampouco induzem tributação dos atos de tal forma escriturados. Trata-se de normas exigidas, apenas, no âmbito do mercado financeiro, para fins de adequação da contabilização e escrituração das operações das instituições financeiras.

4.3 A concessão do crédito, atividade financeira preponderante das Instituições Bancárias, possui como contrapartida a remuneração do capital ofertado pelo Banco aos seus clientes, na forma de juros e demais contraprestações avençadas. Notadamente por se tratar de entrega de capital com promessa de futura devolução em contratos de mútuo, essas contraprestações que advêm do crédito concedido aos clientes levam em conta não só o valor efetivamente entregue, mas também o risco assumido pela instituição financeira em tais operações ao disponibilizar capital. A assunção do risco, em algumas situações, tem como contrapartida o pagamento de uma tarifa e/ou comissão. Tais valores não configuram receita tributável pelo ISS, haja vista não se trata de contraprestação por serviço realizado.

4.4 A concessão de crédito em caráter excepcional, operação financeira comumente denominada de "Adiantamento a Depositantes", configura o provimento de fundos à descoberto ou disponibilização de limites ou, ainda, a quitação antecipada, em caráter extraordinário, que possibilita ao correntista evitar seu inadimplemento frente a seus credores. Intrínseca à operação principal de concessão do crédito em caráter excepcional, as Instituições Financeiras realizam, também, a atividade acessória de análise financeira para aprovação do crédito. Tal atividade não tem caráter autônomo, não é prestada para terceiro e não subsiste sozinha. A receita auferida pelas instituições no exercício da referida atividade bancária não é passível de incidência do ISS, posto se

tratar de nítida operação creditícia, sendo a operação de análise de crédito meramente acessória à concessão de crédito em caráter excepcional, não subsistindo sozinha.

4.5 Os valores auferidos pelas Instituições Financeiras Credenciadas na operação de financiamento de linha de crédito do BNDES (*Remuneração da Instituição Financeira Credenciada*), igualmente, não estão sujeitos à tributação do ISS. Trata-se de operação complexa de financiamento em que os Bancos, na qualidade de Agentes Financeiros, operam junto ao BNDES na operação de concessão de crédito e, para tanto, auferem valores que representam o risco do crédito assumindo. Não se está diante de prestação de serviço passível de tributação pelo imposto de competência municipal, mas, sim, de nítida operação creditícia diferenciada que, embora envolva várias etapas acessórias para sua consecução, a sua natureza creditícia final não resta desconfigurada.

4.6 As "Tarifas Interbancárias" representam valores decorrentes da realização de pagamentos e recebimentos existentes entre os bancos integrantes do Sistema de Compensação Nacional, incidentes sobre documentos de crédito. Inexiste prestação de serviço tributável pelo ISS nas operações realizadas *inter* bancos, uma vez se tratar de meras atividades acessórias. A compensação aludida constitui atividade meio indispensável para operar o depósito bancário, já que somente com sua conclusão é que o depositante passa a ostentar o direito creditício correspondente.

4.7 As Instituições Financeiras auferem, também, valores advindos de emissão de garantia, ou seja, receitas provenientes de garantias bancárias (aval, fiança, dentre outras) emitidas pelos Bancos, contratadas por pessoas físicas ou jurídicas para a realização de negócios, cujo beneficiário é o terceiro indicado pelo contratante. Tais receitas são comumente denominadas de "garantias prestadas". Para realização da operação financeira que envolve a emissão de garantia, ou seja, nítida obrigação de dar, as Instituições Financeiras atuam como garantidoras da operação, é dizer, garantem o cumprimento e a concretização do negócio, auferindo contraprestação financeira em razão do risco assumido. Trata-se de obrigação de dar, não sujeita ao ISS.

4.8 As Instituições Financeiras têm a prerrogativa de contratar livremente com seus clientes o preço exigido pelas atividades prestadas. Os Bancos oferecem a determinados clientes preços diferenciados com relação àqueles oferecidos aos demais clientes, conforme a

liberdade de contratação das partes. O preço contratado será a receita da prestação do serviço quando este for prestado, e nada mais.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. **A construção retórica do ordenamento jurídico**. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014.

ALCHOURRÓN, Carlos E. BULYGIN, Eugênio. **Introducción a la Metodología das Ciencias Jurídicas e Sociales**. Buenos Aires: Astrea, 1975.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANJOS, Rubya Floriani dos. A Tributação do serviço de VoIP (Voz sobre IP). **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n. 97, 2007.

_____. **Conceito de prestação de serviços de comunicação do ICMS e o processo comunicacional**. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário). São Paulo: PUC/SP, 2008.

_____. ICMS-Comunicação: da efetiva prestação de serviços versus efetiva comunicação. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n. 102, 2008.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Estudos e pareceres de direito tributário**. São Paulo*:* Revista dos Tribunais, 1980. 3 v.

_____. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

ATALIBA, Geraldo; ALVES, Ana Emília C.; SARTIN, Agostinho; CARRAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre serviços. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 48, 1989.

ATALIBA, Geraldo; BARRETO, Aires F. ISS na Constituição – pressupostos positivos – arquétipo do ISS. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 37, 1986.

_____. ISS – locação e leasing. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 51, 1990.

ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. Núcleo da definição constitucional do ICM. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 25, 1983.

ÁVILA, Humberto. Eficácia do novo Código Civil na legislação tributária. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.). **Direito tributário e o novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARRETO, Simone Rodrigues Costa. **ISS – A LC 116/03 e a incidência na importação**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Mutação do conceito constitucional de mercadoria**. Noeses: São Paulo, 2015.

BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições**: regime jurídico, destinação e controle. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. **Elisão tributária**: Limites normativos. São Paulo: USP, 2008.

BARRETO, Aires. F. Natureza jurídica do imposto criado pela medida provisória 160/90. **Repertório IOB de Jurisprudência**, 2ª quinzena de maio de 1990, nº 10, p. 152.

_____. **Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. ICMS e ISS – Estremação da Incidência. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 71, 2001.

_____. Comunicação e Serviços de Comunicação – Inconstitucionalidade do Convênio Confaz nº 69/98. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo: IOB, 2001.

_____. **ISS na Constituição e na lei**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Curso de direito tributário municipal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **ISS, IOF e instituições financeiras**. São Paulo: Noeses, 2016.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. Federalismo e desenvolvimento regional do Brasil. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito tributário**: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BIFANO, Elidie Palma. **O mercado financeiro e o imposto sobre a renda**. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Tributário à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, PUC, 2006.

_____. Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva. (Org.). **Tratado de direito tributário**. 01 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 01, p. 468-499.

BORGES, José Souto Maior. Lei complementar tributária. **Revista dos Tribunais**, 1975.

CARRAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre serviços. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 48, 1989.

_____. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito - O construtivismo lógico-semântico**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Cristiano Rosa. **Sistema jurídico e os limites constitucionais à competência tributária**. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário). São Paulo: PUC/SP, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Regra matriz do ICM**. Tese apresentada para obtenção de Título de Livre Docente da Faculdade de Direito da PUC/SP, 1981.

_____. **Teoria da norma tributária**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad,1998.

_____. **Seminário de lógica jurídica do curso de mestrado em direito tributário**. São Paulo: PUC/SP, mar.-jun. 2005.

_____. **Curso de direito tributário**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a.

_____. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008b.

_____. **Derivação e positivação no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011. 1 v.

_____. **Direito tributário, linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2012.

CERQUEIRA, Luiz Alberto; OLIVA, Alberto. **Introdução à lógica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

CHALHUB, Samira. **Funções da linguagem**. 11. ed. São Paulo: Editora Ática, 2003.

CHIESA, Clélio. ICMS e ISS – Tributação das prestações de serviços. In: PEREIRA FILHO, Luiz Alberto (Org.). **ICMS**: questões polêmicas. Curitiba: Juruá, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CONTI, José Maurício. Considerações sobre o federalismo fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. **Federalismo fiscal**: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CORREA, Walter Barbosa. Tensão entre direito de tributar e poder de tributar no direito tributário brasileiro. In: MACHADO, Brandão. **Direito tributário**: Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984.

DARZÉ, Andréa Medrado. **Responsabilidade tributária, solidariedade e subsidiariedade**. 1.ed. São Paulo: Noeses, 2010.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993.

DÓREA, Antonio Roberto Sampaio. **Discriminação de rendas tributárias**. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

DUBOIS, Jean et. al. **Dicionário de lingüística**. 10. ed. São Paulo: Cultrix, 1998.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FALCÃO, Amilcar. **Impostos concorrentes na Constituição de 46**. Rio de Janeiro: s.n., 1964.

_____. **Sistema tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Financeiras, 1965.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Ricardo J. **Contabilidade de instituição financeira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2013.

FILGUEIRAS, Claudio. **Manual de contabilidade bancária**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil. Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. 2 v.

GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. **Competência tributária**: fundamentos para a teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009.

GAUDÊNCIO, Samuel Carvalho. **Tributação dos valores mobiliários**. São Paulo: IOB SAGE, 2016.

GIARDINO, Cleber. ISS – Competência Municipal. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 32, 1985.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da linguagem**. São Paulo: Vozes, 2003.

HOFFMAN, Susy Gomes. O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Org.). **Curso de especialização em direito tributário**: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IVO, Gabriel. A incidência da norma jurídica – o cerco da linguagem. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n. 79, 2001.

_____. **Norma jurídica, produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

JAKOBSON, Roman. **Lingüística e comunicação**. 26. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRISTEVA, Júlia. **História da linguagem**. Tradução Maria Margarida Barahona. Lisboa: Edições 70, 1969.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LINS, Robson Maia. **Controle de constitucionalidade da norma tributária**: decadência e prescrição. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

_____. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 8 v.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; CALIENDO, Paulo. O ISS incidente sobre os serviços bancários e financeiros. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **O ISS e a LC 116**. São Paulo: Dialética, 2003, p.395-415.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELO, José Eduardo Soares de. **Aspectos teóricos e práticos do ISS**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **ICMS Teoria e Prática**. São Paulo: Dialética, 1995.

_____. ICMS. ISS – comunicação eletrônica. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n.78, 2000.

MENDONÇA, Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MICHAELIS – **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/ Acesso em: 7 jan. 2015, p.

MINATEL, José Antonio. **Conceito de receita e implicações tributárias**. II Congresso nacional de estudos tributários: Segurança jurídica na tributação e estado de direito. São Paulo: Noeses, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1983.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Doutrina e prática do Imposto sobre Serviços**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MORTARI, Cezar A. **Introdução à lógica**. São Paulo: Editora UNESP: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, Edições, Eventos e Cursos, 1999.

_____. Os Impostos sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários. Conceitos fundamentais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga. (Orgs.). **Tributação internacional e dos mercados financeiro e de capitais**. Curso de Especialização da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas-FGV-EDESP. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 101-175.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Revogação em matéria tributária**. São Paulo: Noeses, 2005.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, nº 1, 2003.

NONATO, Orozimbo. **Curso de obrigações**. Rio de Janeiro: Forense.

NOVAES, Raquel Cristina Ribeiro. **Análise das normas de incidência dos impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários**.

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Tributário à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, PUC, 1992.

OLEINIK, Rosana. Teoria da norma jurídica e a regra-matriz de incidência como técnica de interpretação do direito. In: CARVALHO, Paulo de Barros. (Coord.). **Constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014. 1 v.

OLIVEIRA, Júlio Maria de. **Internet e competência**. São Paulo: Dialética, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola. 2001.

PEIXOTO, Daniel Monteiro. **Responsabilidade tributária e os atos de formação, administração, reorganização e dissolução de sociedades**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Os limites à interpretação das normas tributárias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PRIBERAM – **Língua Portuguesa On-Line**. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/dlpo.aspx>. Acesso em: 7 jan. 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO. Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. São Paulo: RT, 1997.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio. **Teoría del Derecho**: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho, v. I, 2. ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2006.

_____. **O Direito como texto**: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Barueri: Manole, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga. (Orgs.). **Tributação internacional e dos mercados financeiro e de capitais**. Curso de Especialização da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas-FGV-EDESP. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

SCAVINO, Dardo. **La Filosofía Actual***:* pensar sin certezas. Buenos Aires: Paidós, 1999.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Discriminação de Competências e Competência Residual. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário***:* estudos em homenagem à Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHOUERI, Luis Eduardo; GUIMARÃES, Camila Cavalcanti Varella. IOF e as Operações de Mútuo. In: Valdir de Oliveira Rocha. (Org.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999. 3. v, p. 206-222.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Rubens Gomes de. Normas de Interpretação no Código Tributário Nacional. In: MORAES, Bernardo Ribeiro de. (Coord.). **Interpretação no direito tributário**. São Paulo: Saraiva/EDUC, 1975.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica in *Interesse Público*.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Sistema constitucional e competências tributárias**. São Paulo: Editora Fórum Ltda., 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VANOYE, Francis. **Usos da linguagem**: problemas e técnicas de produção oral e escrita. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e competências tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005.

VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito de direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

_____. **Causalidade e relação do direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2002.

VITA, Jonathan Barros. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: Axix Mundi/IBET, 2003. 1 e 2 v.

_____ . **Tributação do câmbio**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____ . **As relações entre o direito tributário e os conceitos definidos pelo direito privado**: (re)analisando a (i)legalidade do regime tributário de transição. VII Congresso nacional de estudos tributários: Direito Tributário e os conceitos do direito privado. São Paulo: Noeses, 2010.

_____. O ISS e os Tratados Internacionais: convergências possíveis. In: Alberto Macedo; Natalia de Nardi Dacomo. (Org.). **ISS pelos conselheiros julgadores**. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012a.

_____. **Teoria geral do direito internacional e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012b.

_____. **Valoração aduaneira**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: FISCOSoft Editora, 2014.

ZILVETTI, Fernando Aurélio. **Obrigação tributária e tipo**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Portal. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/home>

CART - Conselho Administrativo de Recursos Tributários. Portal. Disponível em: www.fazenda.pbh.gov.br

CART-BH - Conselho Administrativo de Recursos Tributários. Portal. Disponível em: http://www.fazenda.pbh.gov.br/cart/busca.asp

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Portal. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/web/smf/exibeconteudo?id=2813774

CONSELHO MUNICIPAL DE TRIBUTOS DE SÃO PAULO. Portal. Disponível em: http://www3.prefeitura.sp.gov.br/sf9438_internet/ManterDecisoes/pesquisaDecisoesCMT.aspx

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Portal. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Portal. Disponível em: <http://www.**stf**.jus.br/>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. Portal. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=93640

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. Portal. Disponível em: www.tjpb.jus.br/servicos/jurisprudencia/

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS. Portal. Disponível em: http://www.jurisprudencia.tjal.jus.br/

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Portal. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/portal/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia/

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Portal. Disponível em: www.esaj.tjsp.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Portal. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ. Portal. Disponível em: http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Acordaos-e-Jurisprudencia/168242-Pesquisa-de-Jurisprudencia.xhtml

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Portal. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/

TRIBUNAL DE JUSTIÇA O RIO GRANDE DO SUL. Portal. Disponível em: www.tjrs.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Portal. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/juris/trf1/

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Portal. Disponível em: http://www10.trf2.jus.br/consultas/?entqr=3&lr=lang_pt&ie=UTF-8&oe=UTF-8&adv=1&ulang=&access=p&entqrm=0&wc=200&wc_mc=0&ud=1&filter=0&getfields=*&q=&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&site=v2_jurisprudencia&sort=date:D:S:d1&base=JP-TRF

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Portal. Disponível em: http://web.trf3.jus.br/base-textual

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Portal. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Portal. Disponível em: https://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/

COMPÊNDIO DE JURISPRUDÊNCIA

ANEXO I – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO. OPERAÇÕES DE FINANCIAMENTOS

I. TRIBUNAIS JUDICIAIS

I.I SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL CIVIL. IOF. CONTRATO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE ABERTURA DE CRÉDITO ENTRE EMPRESA E BNDES. DECRETO Nº 1.764/95. ART. 110 DO CTN. INCIDÊNCIA NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. JULGAMENTO DO RECURSO. ADIAMENTO. NOVA INCLUSÃO EM PAUTA DE JULGAMENTO. DESNECESSIDADE. OMISSÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

I - O adiamento do julgamento de recurso anteriormente incluído em pauta não enseja uma nova inclusão do processo em pauta de julgamento, nem tão pouco a publicação de nova intimação das partes, sendo insubsistente o alegado cerceamento de defesa.

II - Inexistem as omissões e obscuridades aludidas pelo embargante, restando certo que a norma que reduziu a zero a alíquota do imposto incidente nas operações de crédito do BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO - BNDES, o Decreto nº 1.764/95, não pode, data maxima venia, retroagir para atingir contratos ajustados em datas anteriores, ainda que não tenham sido entregues os valores correspondentes ao pacto de financiamento realizado antes do início da vigência da referida norma.

III - Restou consignado ainda que ante a impossibilidade de alteração dos conceitos advindos do Direito Privado (art. 110 do CTN), o que importa, in casu, para fins de incidência da norma tributária, é o momento da celebração do contrato de financiamento com o BNDES, porquanto vinculador da vontade das partes, para fins de ocorrência do fato gerador do Imposto sobre Operações Financeiras - IOF.

IV - Embargos rejeitados.

(EDcl no REsp 324.361/BA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 06/03/2006, p. 162)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS - IOF. CONTRATO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE ABERTURA DE CRÉDITO ENTRE EMPRESA E O BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO - BNDES. DECRETO Nº 1.764/95. ART. 110 DO CTN. INCIDÊNCIA NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO.

I - A norma que reduziu a zero a alíquota do imposto incidente nas operações de crédito do BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO - BNDES, o Decreto nº 1.764/95, não pode, data maxima venia, retroagir para atingir contratos ajustados em datas anteriores, ainda que não tenham sido entregues os valores correspondentes ao pacto de financiamento realizado antes do início da vigência da referida norma.

II - Ante a impossibilidade de alteração dos conceitos advindos do Direito Privado (art. 110 do CTN), o que importa, in casu, para fins de incidência da norma tributária, é o momento da celebração do contrato de financiamento com o BNDES, porquanto vinculador da vontade das partes, para fins de ocorrência do fato gerador do Imposto sobre Operações Financeiras - IOF.

III - Recurso especial provido.

(REsp 324.361/BA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 194)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. COMPENSAÇÃO/REPETIÇÃO SIMPLES DO INDÉBITO. RECURSOS REPETITIVOS. TARIFAS BANCÁRIAS. TAC E TEC. EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. FINANCIAMENTO DO IOF. POSSIBILIDADE.

1. A comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios (enunciados Súmulas 30, 294 e 472 do STJ).

2. Tratando-se de relação de consumo ou de contrato de adesão, a compensação/repetição simples do indébito independe da prova do erro (Enunciado 322 da Súmula do STJ).

3. Nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei 4.595/1964, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN.

4. Ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era essencialmente não intervencionista, vale dizer, "a regulamentação facultava às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição." 5. Com o início da vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Banco Central do Brasil.

6. A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008.

7. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida, portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.

8. Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de "realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao inicio de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente" (Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011).

9. É lícito aos contratantes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

10. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: - 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

- 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não

mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

- 3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

11 . Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1255573/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 24/10/2013)

ANEXO II – OPERAÇÕES DE ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES

I. TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

ISS - 1. DECADÊNCIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 173, I, DO CTN. PRELIMINAR AFASTADA - 2. OPÇÃO PELO PPI. CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO E RENÚNCIA AO DIREITO SOBRE O QUAL SE FUNDAM OS LANÇAMENTOS - 3. ATIVIDADE-MEIO DESCARACTERIZADA PELA COBRANÇA DE PREÇO. SERVIÇOS CONSTANTES DA LISTA DISPOSTA EM LEI COMPLEMENTAR - 4. DESCONTOS CONDICIONAIS CONCEDIDOS E RESSARCIMENTO DE CUSTOS. BASE DE CÁLCULO: PREÇO DO SERVIÇO SEM ABATIMENTO - 5. RENDAS DE ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES, RENDAS DE DISPONIBILIZAÇÃO DE LIMITE E RENDAS DE QUITAÇÃO ANTECIPADA. RECEITAS DE SERVIÇOS QUE NÃO SE CONFUNDEM COM REMUNERAÇÃO FINANCEIRA - 6. RENDAS DE FINANCIAMENTO REPASSE FINAME E FGPC-DR. SERVIÇO DE GARANTIA - 7. RECEITAS INCENTIVOS CARTÕES DE CRÉDITO. SERVIÇO DE AGENCIAMENTO QUE INDEPENDE DA EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR POR PARTE DO RECORRENTE - 8. ARBITRAMENTO. INEXISTENCIA. 9. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE COM PROVIMENTO NEGADO E RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO DE ALGUMAS BASES DE CÁLCULO. 1. Nas hipóteses em que, ocorrido o fato gerador do ISS, o sujeito passivo não recolhe o imposto pelo "autolançamento", nasce o dever legal da autoridade fiscal de efetuar o lançamento de ofício,

nos termos dos arts. 142, parágrafo único, e 149, I, do CTN, e a contagem do prazo decadencial se dá na forma do art. 173 do referido diploma legal. 2. O contribuinte optou por incluir parte dos AIIs no Programa de Parcelamento Incentivado - PPI, de sorte que o recurso deve ser conhecido apenas relativamente aos demais. De acordo com a determinação do art. 3º da Lei 14.129/2006, o recorrente renunciou ao direito sobre o qual se fundam os créditos consignados nos AIIs incluídos no PPI o que, por consequência, alcança os demais AIIs, eis que se referem às mesmas rubricas. 3. O art. 1º da Lei 13.701/2003 definiu como fato gerador do ISS no Município de São Paulo "a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador", de sorte que não importa se o contribuinte presta o serviço com o fito de lucro, como atividade principal, ou se para viabilizar outro serviço, isto é, se como "atividade-meio" ou como "atividade-fim". Se o contribuinte presta o serviço descrito pela lista e por ele cobra um preço, descaracterizando-o como "atividade-meio", está ele sujeito à incidência do imposto e a receita respectiva - preço do serviço - há de ser oferecida à tributação mesmo que o prestador não aufira lucro direto com ela. 4. O art. 14 da Lei 13.701/2003 é bastante claro ao dispor que "A base de cálculo do Imposto é o preço do serviço, como tal considerada a receita bruta a ele correspondente, sem nenhuma dedução, excetuados os descontos ou abatimentos concedidos independentemente de qualquer condição", pelo que os descontos concedidos sob condição integram o preço do serviço e, portanto, compõem a base de cálculo do imposto. 5. As receitas registradas sob as rubricas Rendas de adiantamento a depositantes enc. S/limite, Rendas de disponibilização de limite e Rendas Quitação Antecipadas não se confundem com a remuneração financeira recebida pelo contribuinte em decorrência da operação de crédito propriamente dita e, portanto, não estão sujeitas ao IOF. 6. As contas Rendas de Financiamento Repasse Finame e Rendas de Financiamento Repasses FGPC - DR registram receitas relativas ao serviço de garantia do crédito, retribuído pela COMISSÃO DEL CREDERE como congênere à contratação de aval e fiança e expressamente previsto como tributado pelo ISS no item 15.08 da Lei Complementar 116/2003. 7. De acordo com os instrumentos acostados aos autos, está claro que os valores pagos pelas empresas credenciadoras ao recorrente remuneram o serviço de agenciamento de cartões. A ausência de emissão de juízo de preferência por parte do recorrente na escolha da bandeira pelo cliente não tem o condão de descaracterizar o serviço de agenciamento, que está previsto pelo item 10.01 da Lista disposta pela Lei 13.701/2003. 8. Não houve arbitramento. As demonstrações com o número e título da rubrica contábil e os respectivos valores mensais das bases de cálculo constam do Demonstrativo de ISS não recolhido /

recolhido a menor, que acompanha cada auto de infração. 9. Recurso parcialmente conhecido com provimento negado e retificação de ofício diante do disposto pelo art. 15 da Lei 14.107/2005 e da proposta elaborada pelo Auditor Fiscal responsável pela operação e ratificada pela Representação Fiscal.
(Conselho de Contribuintes do Município de São Paulo; Recurso Ordinário nº 2010-0.152.567-8; 2ª Câmara Julgadora; Relator: Conselheiro Luciana Xerfan Maranhão de Mello; Sessão do 23 de março de 2011)

II. TRIBUNAIS JUDICIAIS

II.I SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. ALÍNEA "A". SÚMULA 7/STJ. ALÍNEA "B". SÚMULA 284/STF. ALÍNEA "C". DISSÍDIO INEXISTENTE. FALTA DE SIMILITUDE. 1. Alínea "a". Para chegar-se à conclusão de que o acórdão recorrido violou o disposto nos itens 24, 59, 95 e 96 do Decreto-Lei 406/68, com redação conferida pela LC 56/87, seria preciso rever toda a documentação examinada pelo aresto recorrido para se aferir se o tributo lançado no auto de infração incide sobre os serviços de análise, cadastro, controle e processamento prestados na elaboração e renovação de diversos contratos bancários ou sobre as próprias operações financeiras. Necessidade de revolvimento de fatos e provas. Incidência da Súmula 7/STJ. 2. Alínea "b". Ausência de fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. 3. Alínea "c". Falta de similitude entre os arestos paradigma e recorrido. Enquanto nos primeiros discutia-se a incidência do ISS sobre a própria operação financeira (adiantamento a depositantes e fiança bancária), no segundo discute-se a incidência do ISS sobre as tarifas cobradas ao cliente da instituição financeira pelos serviços de análise, cadastro, controle e processamento prestados na elaboração ou renovação de diversos contratos bancários, inclusive adiantamento a depositantes e fiança bancária. 4. Recurso especial não conhecido. ..EMEN:
(RESP 200702852936, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:11/03/2008 ..DTPB:.)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "A". ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. LEI COMPLEMENTAR N. 56/87. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68. ITENS 95 E 96. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

A lista de serviços anexa ao Decreto-lei n. 406/68, que estabelece quais serviços sofrem a incidência do ISS, comporta interpretação extensiva, para abarcar os serviços correlatos àqueles previstos expressamente, uma vez que, conforme ponderado pela ilustre Ministra Eliana Calmon, se assim não fosse, ter-se-ia, pela simples mudança de nomenclatura de um serviço, a incidência ou não do ISS.

Da análise dos itens 95 e 96 da aludida lista, conclui-se que o ISS aplica-se aos serviços de cobrança de títulos descontados, não tendo incidência sobre as atividades de abertura de crédito, de adiantamento a depositantes, de compensação de cheques e de títulos e de saque no caixa eletrônico Recurso especial parcialmente provido, com a devida vênia do voto da insigne Relatora.

(REsp 325.344/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 08/09/2003, p. 271)

II. II TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DEPÓSITO INSUFICIENTE. RECEBIMENTO E PROCESSAMENTO. POSSIBILIDADE. ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS. ISS. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF). DECRETO-LEI N.º 406/68. LISTA ANEXA. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. SERVIÇOS BANCÁRIOS. ATIVIDADE-FIM. OPERAÇÕES DE CRÉDITO. NÃO INCIDÊNCIA. NULIDADE DO LANÇAMENTO. 1. Não é indispensável que a penhora seja suficiente para garantir todo o débito excutido, uma vez que não há previsão legal para tanto. Além disso, a penhora pode, a qualquer tempo, ser reforçada ou substituída, no interesse do credor. 2. A Caixa Econômica Federal, ora apelada, alega em seus embargos que as cobranças de taxa de administração e abertura de crédito; de taxa de administração e abertura - acima de 29 dias; de comissão sobre adiantamento a depositantes e excesso sobre limite e de taxas sobre operações de crédito não se enquadram na referida lista de serviços por serem operações financeiras já tributadas pelo IOF e não serviços bancários a ensejar a tributação no âmbito municipal. 3. O Decreto-Lei n.º 406/68, com a redação conferida pela Lei Complementar n.º 56/87, estabelece quais os serviços que sofrem a incidência do ISS, estando consagrado pela doutrina e jurisprudência pátrias que a enumeração ali exposta é taxativa, sendo também entendimento sedimentado no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de

utilização de interpretação extensiva à aludida lista, a fim de se alcançar a verdadeira mens legis. 4. Para fins de incidência tributária, os serviços prestados pelas instituições financeiras devem ser analisados caso a caso. 5. operações impugnadas pela embargante na presente execução fiscal não se enquadram na lista de serviços elencados no Decreto Lei n.º 406/68, nem mesmo por meio da utilização de uma interpretação extensiva, uma vez que os serviços em comento estão diretamente relacionados à atividade fim da instituição financeira, sendo, portanto, operações de crédito, a afastar a pretendida incidência tributária. 6. Matéria preliminar rejeitada e Apelação improvida.
(TRF-3 - AC: 1363 SP 0001363-55.2004.4.03.6113, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, Data de Julgamento: 12/09/2013, SEXTA TURMA)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CEF. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. 1. São manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer omissão ou contradição no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma que, à luz da legislação aplicável, observou que "No caso, o ISS foi cobrado sobre receitas relativas às subcontas assim discriminadas: recuperação de despesas - mutuários em execução (7.19.300.029-5), operação crédito - taxa de abertura de crédito (7.19.990.001-8), SFH/SH taxas sobre operações de crédito (7.19.990.019-0), comissão de permanência (7.19.990.004-2), rendas de encargo por atraso sobre operações de crédito (7.19.990.005-0), rendas de taxação de contas paralisadas (7.19.990.016-6), SIDEC - manutenção de contas inativas (7.19.990.017-4), CER - risco de crédito do agente operador (7.19.990.021-2), PCE - rendas de encargos por atraso (7.19.990.031-0), receita participação REDESHOP (7.19.990.051-4), receita sobre fatura cartão de crédito (7.19.990.053-0), SIDEC - receitas de depósitos (7.19.990.058-1), SFH/SH taxas sobre operações de crédito (7.19.990.063-8), outras receitas operacionais (7.19.990.095-6), taxa de manutenção - CONSTRUCARD (7.19.990.150-0), rendas de taxas s/ adiantamento a depositantes (f. 7.1.1.03.30.01-9), rendas de taxas s/ empréstimos a pessoa física (f. 7.1.1.05.30.01-8), rendas de taxas s/ empréstimos - PJ (7.1.1.05.30.02-6), 7.1.1.10.20.01-3) rendas de taxas/comissões s/ títulos descontados (7.1.1.10.20.01-3), rendas de taxas s/ financiamento a pessoa física (7.1.1.15.30.01-1), rendas de taxas s/ financiamentos - PJ (7.1.1.15.30.02-0), rendas de comissões s/ financiamento habitac - pessoa física (7.1.1.65.30.01-0), rendas de comissões s/ financ

habitac - setor privado (7.1.1.65.30.02-8), rendas de comissões s/ financ habitac-CONSTRUCARD (7.1.165.30.07-9), rendas de adm. de fundos e programas - taxa de administração - PIS (7.1.7.15.10.01-0), ressarcimento de taxa - exclusão - CCF (7.1.9.30.10.18-5), recuperação de taxa - compensação (7.1.9.30.10.19-3), recuperação de encargos e despesas diversas (7.1.9.30.10.90-8), receita sobre fatura de cartão de crédito (7.1.9.99.15.19-8), rendas de taxas s/ fin de infraestrutura c/ rec externos (7.1.9.99.16.13-5), rendas de taxas s/ financ infraestrura - saneam setor privado (7.1.9.99.16.14-3), rendas de taxas s/ operações de crédito imobiliário (7.1.9.99.21.17-1), outras rendas operacionais (7.1.9.99.91.01-3)", e decidiu expressamente que "Em relação às receitas provenientes dos serviços supracitados, afigura-se indevida a incidência do ISS, conforme jurisprudência firmada nesta Corte e acima indicada, inclusive porque não previstos na lista anexa ao Decreto-lei 406/1968, mesmo utilizando-se da interpretação extensiva autorizada pelo Superior Tribunal de Justiça em precedente sob o regime do artigo 543-C do CPC". 2. Consignou o acórdão que "Quanto à incidência do tributo à alíquota de 10% (dez por cento) no período de agosto a dezembro de 2003, verifica-se que a apelante, conforme consta da cópia do processo administrativo acostado, recolhia o tributo em tal patamar, antes da vigência do artigo 8º, II, da LC 116, de 31 de julho de 2003, que estabeleceu o teto de 5% (cinco por cento)", e concluiu o acordão que está "sem razão a apelante no que pretende ver prevalecer a LC 116/2003, para garantir a aplicação de menor alíquota imediatamente à sua publicação, frente à LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), pois ocorre que esta é especial diante daquela, sendo cogente para os administradores públicos, sob pena de responsabilização por improbidade administrativa. Além do que resta claro que os impostos mencionados no inciso I do parágrafo 3º do artigo 14 não incluem o ISS (incisos I, II, IV e V do § 1º do art. 153, CF), porquanto constituem tributos inseridos na competência tributária da UNIÃO". 3. Destacou-se que "o artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação". 4. Não houve qualquer omissão ou contradição no julgamento impugnado, revelando, na realidade, a articulação de verdadeira imputação de erro no julgamento, e contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração. Assim, se o acórdão violou os artigos 9º da LC 116/03; 1º da LC 101/00; 165, 458, 557, §1º do CPC; 150, III, 'b' da CF, como mencionado, caso seria de discutir a matéria

em via própria e não em embargos declaratórios. 5. Para corrigir suposto error in judicando, o remédio cabível não é, por evidente, o dos embargos de declaração, cuja impropriedade é manifesta, de forma que a sua utilização para mero reexame do feito, motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita. 6. Embargos de declaração rejeitados.
(AC 00069789320084036110, JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/11/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ART. 557, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CEF. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. RECURSO DESPROVIDO. 1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação. 2. Acerca da incidência do ISS em serviços bancários, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 424, no sentido de que: "É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987." A partir de tal orientação firmou-se o entendimento de que se deve examinar, caso a caso, se existe, pela CEF, a prestação de serviço sujeito ao ISS ou ao IOF, para efeito de determinar a validade da sujeição da empresa pública federal à tributação municipal pretendida. 3. Caso em que o ISS foi cobrado sobre receitas relativas às subcontas assim discriminadas: recuperação de despesas - mutuários em execução (7.19.300.029-5), operação crédito - taxa de abertura de crédito (7.19.990.001-8), SFH/SH taxas sobre operações de crédito (7.19.990.019-0), comissão de permanência (7.19.990.004-2), rendas de encargo por atraso sobre operações de crédito (7.19.990.005-0), rendas de taxação de contas paralisadas (7.19.990.016-6), SIDEC - manutenção de contas inativas (7.19.990.017-4), CER - risco de crédito do agente operador (7.19.990.021-2), PCE - rendas de encargos por atraso (7.19.990.031-0), receita participação REDESHOP (7.19.990.051-4), receita sobre fatura cartão de crédito (7.19.990.053-0), SIDEC - receitas de depósitos (7.19.990.058-1), SFH/SH taxas sobre operações de crédito (7.19.990.063-8), outras receitas operacionais (7.19.990.095-6), taxa de manutenção - CONSTRUCARD (7.19.990.150-0), rendas de taxas s/ adiantamento a depositantes (f. 7.1.1.03.30.01-9), rendas de taxas s/ empréstimos a pessoa

física (f. 7.1.1.05.30.01-8), rendas de taxas s/ empréstimos - PJ (7.1.1.05.30.02-6), 7.1.1.10.20.01-3) rendas de taxas/comissões s/ títulos descontados (7.1.1.10.20.01-3), rendas de taxas s/ financiamento a pessoa física (7.1.1.15.30.01-1), rendas de taxas s/ financiamentos - PJ (7.1.1.15.30.02-0), rendas de comissões s/ financiamento habitac - pessoa física (7.1.1.65.30.01-0), rendas de comissões s/ financ habitac - setor privado (7.1.1.65.30.02-8), rendas de comissões s/ financ habitac- CONSTRUCARD (7.1.165.30.07-9), rendas de adm. de fundos e programas - taxa de administração - PIS (7.1.7.15.10.01-0), ressarcimento de taxa - exclusão - CCF (7.1.9.30.10.18-5), recuperação de taxa - compensação (7.1.9.30.10.19-3), recuperação de encargos e despesas diversas (7.1.9.30.10.90-8), receita sobre fatura de cartão de crédito (7.1.9.99.15.19-8), rendas de taxas s/ fin de infraestrutura c/ rec externos (7.1.9.99.16.13-5), rendas de taxas s/ financ infraestrura - saneam setor privado (7.1.9.99.16.14-3), rendas de taxas s/ operações de crédito imobiliário (7.1.9.99.21.17-1), outras rendas operacionais (7.1.9.99.91.01-3). 4. Em relação às receitas provenientes dos serviços supracitados, afigura-se indevida a incidência do ISS, conforme jurisprudência firmada nesta Corte e acima indicada, inclusive porque não previstos na lista anexa ao Decreto-lei 406/1968, mesmo utilizando-se da interpretação extensiva autorizada pelo Superior Tribunal de Justiça em precedente sob o regime do artigo 543-C do CPC. 5. Quanto à incidência do tributo à alíquota de 10% (dez por cento) no período de agosto a dezembro de 2003, verifica-se que a apelante, conforme consta da cópia do processo administrativo acostado, recolhia o tributo em tal patamar, antes da vigência do artigo 8º, II, da LC 116, de 31 de julho de 2003, que estabeleceu o teto de 5% (cinco por cento). 6. Sem razão a apelante no que pretende ver prevalecer a LC 116/2003, para garantir a aplicação de menor alíquota imediatamente à sua publicação, frente à LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), pois ocorre que esta é especial diante daquela, sendo cogente para os administradores públicos, sob pena de responsabilização por improbidade administrativa. 7. Além do que resta claro que os impostos mencionados no inciso I do parágrafo 3º do artigo 14 não incluem o ISS (incisos I, II, IV e V do § 1º do art. 153, CF), porquanto constituem tributos inseridos na competência tributária da UNIÃO. 8. Agravo inominado desprovido.

(AC 00069789320084036110, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/09/2015. .FONTE_REPUBLICACAO:.)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. SERVIÇOS BANCÁRIOS. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68 E À LC 116/03. TAXATIVIDADE. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS. 1. Embora taxativas em sua enumeração, as listas de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 e à LC 116/03 admitem interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços congêneres àqueles previstos expressamente. Entendimento que se coaduna com a jurisprudência pacífica do STJ (Súmula 424). 2. No que tange às subcontas nºs 7.19.990.001-8 e 7.19.990.019-0 (Taxa de ADM e Abertura e Taxa de Operações de Crédito - SFH), a 1ª Seção deste Tribunal já se manifestou no sentido de que as referidas subcontas se sujeitam à incidência de ISS. 3. No que se refere às subcontas nºs 7.19.990.051-4 (Receitas de Participação - Rede Shop), 7.19.990.150 (Taxa de Manutenção - Construcard), 7.1.9.30.10.18 (Ressarcimento de Taxa de Exclusão do CCF) e 7.1.9.30.10.19 (Recuperação de Taxa - Compensação), a e. 1ª Seção deste Tribunal já decidiu que as referidas subcontas estão sujeitas à incidência de ISS. 4. Em relação à subconta nº 7.19.990.063 (SFH/SH - Taxas sobre Operações de Crédito), deve ser mantida a incidência de ISS sobre a referida subconta. Precedente da 1ª Turma. 5. No que tange à subconta nº 7.1.1.03.30.01 (Rendas s/ Taxas de Adiantamento a Depositantes), deve ser mantida a incidência de ISS sobre a referida subconta. Precedente da 1ª turma. 6. Em relação às subcontas nºs 7.19.990.016-6 e 7.19.990.017-4 (Taxas de Contas Paralisadas e Inativas), as referidas subcontas não estão incluídas na lista de serviços com redação dada pela LC 56/87, conforme precedente desta 1ª Turma. 7. Em relação à subconta nº 7.1.9.99.16.14-3 (RDAs de Taxas S/ Fin. Infraestr. - Saneam. ST Privad.), deve ser mantida a incidência de ISS sobre a referida subconta. Precedente da 2ª Turma. 8. No que tange à subconta nº 7.1.99.16.13-5 (Rendas de Taxas sobre Financiamentos de Infraestrutura com Recursos Externos), deve ser mantida a cobrança de ISS, com base nos itens 15.02. e 15.08 da lista de serviços, consoante precedente da 1ª e 2ª Turmas. 9. Em relação à subconta nº 7.19.99.90.11 (Outras Receitas Operacionais - Receitas Eventuais), a referida subconta não está incluída na lista de serviços conforme precedente da 2ª Turma. 10. Considerando que, embora tenha havido sucumbência recíproca, a Caixa Econômica Federal sucumbiu em maior parte neste feito, deve ser condenada apenas a embargante ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000 (um mil reais). 11. Apelação parcialmente provida, para afastar a incidência de ISS sobre determinadas subcontas e alterar os honorários advocatícios.

(AC 50438408920114047000, JOEL ILAN PACIORNIK, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, D.E. 12/06/2014.)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. SERVIÇOS BANCÁRIOS. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LC 116/03. TAXATIVIDADE. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. 1. Embora taxativa em sua enumeração, a lista de serviços anexa à LC 116/03 admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços congêneres àqueles previstos expressamente. Entendimento que se coaduna com a jurisprudência pacífica do STJ (Súmula 424). 2. No que tange à subconta nº 7.1.1.03.30.01 (Rendas s/ Taxas de Adiantamento a Depositantes), deve ser mantida a incidência de ISS sobre a referida subconta. Precedente da 1ª Turma. 3. Em relação às subcontas nºs 7.1.9.30.10.18 (Ressarcimento de Taxa de Exclusão do CCF) e 7.1.9.30.10.19 (Recuperação de Taxa - Compensação), a e. 1ª Seção deste Tribunal já decidiu que as referidas subcontas estão sujeitas à incidência de ISS. 4. Apelação improvida.
(AC 50406603120124047000, JOEL ILAN PACIORNIK, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, D.E. 12/06/2014.)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. SERVIÇOS BANCÁRIOS. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68 E À LC 116/03. TAXATIVIDADE. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS. 1. Embora taxativas em sua enumeração, as listas de serviço anexas ao Decreto-Lei nº 406/68 e à LC 116/03 admitem interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços congêneres àqueles previstos expressamente. Entendimento que se coaduna com a jurisprudência pacífica do STJ (Súmula 424). 2. Em relação às subcontas nºs 7.19.990.016-6 e 7.19.990.017-4, não prospera a fundamentação apresentada pelo Município de Curitiba, que defende a exigência de ISS sobre as receitas oriundas das referidas subcontas, visto que estas não estão incluídas na lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, com a redação dada pela LC 56/87. 3. No que tange às subcontas nºs 7.19.990.001-8 e 7.19.990.019-0 (Taxa de ADM e Abertura e Taxa de Operações de Crédito - SFH), a 1ª Seção deste Tribunal já se manifestou no sentido de que as referidas subcontas se sujeitam à incidência de ISS. 4. Em relação às subcontas nºs 7.19.990.051-4 (Receitas de Participação - Rede Shop), 7.19.990.150 (Taxa de Manutenção - Construcard), 7.1.9.30.10.18 (Ressarcimento de Taxa de Exclusão do CCF) e

7.1.9.30.10.19 (Recuperação de Taxa - Compensação), a e. 1ª Seção deste Tribunal já decidiu que as referidas subcontas estão sujeitas à incidência de ISS. 5. Em relação à subconta nº 7.19.990.063 (SFH/SH - Taxas sobre Operações de Crédito), deve ser mantida a incidência de ISS sobre a referida subconta. Precedente da 1ª Turma. 6. No que tange à subconta nº 7.1.1.03.30.01 (Rendas s/ Taxas de Adiantamento a Depositantes), deve ser mantida a incidência de ISS sobre a referida subconta. Precedente da 1ª Turma. 7. Em relação à subconta nº 7.1.9.99.16.14-3 (RDAs de Taxas S/ Fin. Infraestr. - Saneam. ST Privad.), deve ser mantida a incidência de ISS sobre a referida subconta. Precedente da 2ª Turma. 8. Em relação às subcontas nºs 7.19.990.145-6 (Agente Operador - Taxas sobre Operações de Crédito) e 7.19.990.146-4 (Agente de Custódia - Tarifa CAIXA), deve ser mantida a fundamentação apresentada na r. sentença, que constatou que as referidas subcontas não fazem parte da cobrança veiculada nos autos executivos contra os quais foram opostos os presentes embargos. Dessa maneira, nada há que ser examinado em relação a essas subcontas. 9. Mantidos os honorários advocatícios nos termos fixados pelo MM. Juízo a quo, alterando-se, no entanto, a correção da referida verba, que deve ser feita com a utilização do IPCA-E. 10. Apelações parcialmente providas, tão somente para alterar a correção dos honorários advocatícios.
(AC 50319814220124047000, JOEL ILAN PACIORNIK, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, D.E. 12/06/2014.)

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. ISSQN. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. CUSTAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Apenas as atividades constantes da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 ensejam o pagamento do imposto sobre serviços de competência dos municípios. 2. Cuidando-se de lista exaustiva e não exemplificativa, não se admite a analogia, objetivando alcançar hipóteses de incidência diversas das ali consignadas. Precedentes do E. STJ. 3. Nenhum dos serviços arrolados na lei federal de regência integra o rol das atividades descritas pelo Município como hipóteses de incidência do ISSQN, quais sejam, juros e comissões sobre adiantamentos a depositantes, taxa de administração e abertura, taxa de administração e abertura acima de 29 dias, taxa sobre operações de crédito (SFH), multas e penalidades sobre operações de crédito e multas e penalidades sobre operações de crédito acima de 29 dias, comissões em adiantamento a depositantes e excesso sobre limites, rendas e taxação de contas paralisadas, manutenção de contas inativas, receita e participação rede shop, receita sobre fatura de cartão de crédito. 4. O Município está isento do pagamento das custas na

Justiça Federal (art. 4º, I, Lei nº 9.289/96), mas aquelas adiantadas pela parte vencedora devem ser ressarcidas, integrando o montante da condenação (art. 14, § 4º, da Lei nº 9.289/96). 5. Honorários advocatícios mantidos em 10% do valor atribuído à causa, em consonância com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC e com os precedentes desta Turma.
(AC 200372020033523, DIRCEU DE ALMEIDA SOARES, TRF4 - SEGUNDA TURMA, DJ 09/12/2004 PÁGINA: 631.)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ISS. OPERAÇÕES BANCÁRIAS. TAXATIVIDADE DA LISTA ANEXA Á LEI COMPLEMENTAR Nº. 116/03. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lista de serviços estabelecidos no Decreto-lei nº. 406/68, com as alterações promovidas pelo Decreto-lei nº. 834/39, pela Lei Complementar nº. 56/87 e pela Lei Complementar nº. 116/03 , arrola os serviços sobre os quais é possível incidir o ISSQN. Embora seja taxativa, tal lista admite interpretação extensiva de cada item a fim de enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos. 2. O Superior Tribunal de Justiça - STJ, quando do julgamento do REsp 1111234, submetido à sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento no sentido de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres. 3. Caso em que não restou demonstrado que as operações de "Rendas de Adiantamento aos depositantes", guardam relação de identidade, ainda que sobre nomenclatura assemelhada, com qualquer um dos serviços acima arrolados, de maneira que sobre estas não é possível a incidência do ISSQN. É que tais serviços estão relacionados à atividade fim da instituição financeira, isto é, de operação de crédito, o que tem o condão de afastar a pretendida incidência tributária. 4. Pretender enquadrar as operações em questão em qualquer um dos itens da lista anexa à Lei Complementar nº. 116/03 seria o mesmo que lançar mão do instituto da analogia, o que não é permitido quer pela lei, quer pela jurisprudência pátria, a qual, consoante acima afirmado, apenas admite mera interpretação extensiva. 5. É descabida a incidência de ISSQN sobre as operações de "Recuperação de despesas" vez que tais atividades não guardam qualquer pertinência com as atividades previstas na lista anexa à LC 116/03, já que não constituem atividade-fim da CEF. Ademais, por ausência de previsão expressa, não há que se falar em incidência de ISSQN sobre as rubricas contáveis referentes a "Outras rendas operacionais-cartão" e "Outras rendas sobre operações de infraestrutura".

6. Ao se analisar o título executivo que aparelhou o feito embargado, verifica-se que não é possível identificar o lançamento individualizado, por conta contábil, a fim de se encontrar, uma vez subtraídos os valores indevidamente cobrados, o montante do débito remanescente. 7. Assim, como o lançamento foi realizado de forma global, não é possível, por meio de simples cálculos aritméticos, excluir a quantia indevidamente inscrita no título executivo em questão, o que enseja, por ausência de liquidez, o reconhecimento da sua nulidade e, consequentemente, a extinção da execução fiscal atacada pelos presentes embargos. 8. Precedentes desta Egrégia Corte Regional: TRF 5, APELREEX 31160, Rel.: Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Julgado em: 22/01/2015, DJe: 29/01/2015; TRF 5, APELREEX 31064, Rel.: Desembargador Federal GERALDO APOLIANO, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Julgado em: 06/11/2014, DJe: 11/11/2014. 9. Remessa oficial e apelação improvidas.
(APELREEX 00086999020104058200, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::21/03/2015 - Página::32.)
TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. LISTA DE SERVIÇOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/03. RECEITA DERIVADA DE OPERAÇÃO BANCÁRIA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1. Restou consagrado pelo STJ, tanto em enunciado sumular (Súmula 424) como sob a sistemática dos recursos repetitivos representativos da controvérsia (REsp 1.111.234/PR), que, para fins de incidência do ISS, a Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, apesar de ser taxativa, admite interpretação extensiva. 2. Apesar da interpretação ampliativa quanto às hipóteses de incidência previstas no Dec-Lei nº 406/68, alteradas pelas Leis Complementares nºs 56/87 e 116/2003, nem todos os procedimentos bancários podem ser caracterizados como serviços ensejadores da incidência do ISS. 3. Hipótese em que restou indevida a incidência daquela exação sobre as rendas decorrentes de alguns dos serviços prestados pela instituição financeira (Autenticação, Reprodução e Cópia - Recuperação de Despesa; Ressarcimento de Taxa de Exclusão CCF; Loterias - Receitas Eventuais; Rendas de Taxação em Contas Paralisadas e Manutenção de Contas Ativas); 4. É que, nestes casos, a receita não visa remunerar serviços prestados pela instituição bancária mas ressarcir valores que a Caixa despendeu na manutenção da conta dos correntistas. 5. Entretanto, é possível a interpretação extensiva, de modo a reconhecer a incidência do ISS, nas seguintes hipóteses, porquanto nestas outras hipóteses, os valores cobrados dos clientes visam remunerar serviços prestados: 1) Taxa de Abertura/Renovação de Cheque Azul; 2) Tarifa Home Banking - Automática; 3) Operação de Crédito - Taxa de Administração e Abertura; 4) Operação de Crédito - Taxa de

Administração e Abertura - Acima de 29 dias; 5) Comissão sobre Adiantamento e Depositantes e Excesso sobre Limite; 6) Taxas Sobre Operações de Crédito. É que as referidas operações são atividades que guardam semelhança com o rol das atividades enumeradas nos itens 95 e 96 mencionados, da LC 56/87. Entendimento jurisprudencial desta Corte. 6. Fixação dos honorários advocatícios recíprocos, na forma do art. 21, caput,do CPC, vez que cada parte restou vencedora e vencida em parte da demanda. 7. Apelações improvidas.
(AC 200983000155667, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::06/03/2015 - Página::56.)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. LISTA DE SERVIÇOS. DL Nº 406/68. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. TAXATIVIDADE COM INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. ILEGALIDADE DA COBRANÇA. ILIQUIDEZ DA CDA. 1. Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente o pedido formulado nos embargos à execução fiscal ajuizados pela Caixa Econômica Federal contra o Município de João Pessoa/PB, com o fito de desconstituir o título que embasou a execução fiscal nº 0006424-71.2010.4.05.8200 (CDA nº 2009/254544), associada à cobrança de ISS. 2. A jurisprudência vem firmando o entendimento de que, para a tributação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a lista de serviços constante na lei é exaustiva, não admitindo o emprego da analogia com intuito de alcançar hipóteses de incidência diversas daquelas expressamente consignadas. No entanto, essa taxatividade não impede o uso da interpretação extensiva para abrigar serviços idênticos aos expressamente previstos, mas com nomenclatura diversa. REsp 1111234/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 23/09/2009, DJe 08/10/2009, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC. 3. No caso vertente, as rubricas contábeis contidas na CDA que embasou o título executivo são as seguintes: 7.1.1.03.30.01 - Rendas de Taxas sobre Adiantamento a Depositantes; 7.1.1.05.30.01 - Rendas de Taxas sobre Empréstimos - Pessoa Física; 7.1.1.05.30.02 - Rendas de Taxas sobre Empréstimos - Pessoa Jurídica; 7.1.1.10.20.01 - Renda de Taxas/Comissões sobre Títulos Descontados; 7.1.1.15.30.01 - Rendas de Taxas sobre Financiamento - Pessoa Física; 7.1.1.65.30.01 - Rendas de Comissões sobre Financiamentos Habitacionais - Setor Privado; 7.1.1.65.30.02 - Rendas de Comissões sobre Financiamentos Habitacionais - CONSTRUCARD; 7.1.9.30.10.18 - Ressarcimento de Taxa - Exclusão - CCF; 7.1.9.99.15.19 - Receita sobre Fatura de Cartão de Crédito; 7.1.9.99.16.13 - Rendas de Taxas sobre Financiamento de infraestrutura com

Recursos Externos; 7.1.9.99.16.14 - Rendas de Taxas sobre Financiamento de Infraestrutura - Saneamento Setor Privado; 7.1.9.99.21.17 - Rendas de Taxas sobre Operações de Crédito Imobiliário. 4. Confrontando-se os serviços contidos na lista com os descritos na CDA que embasou o feito executivo, observa-se que, de fato, a cobrança perpetrada pelo Fisco Municipal incorreu em interpretação de caráter extensivo, a ensejar, de forma indevida, a ampliação do rol de serviços, com inclusão de outros de natureza diferente dos previstos em lei. 5. É indevida a incidência de ISS sobre as receitas lançadas nas contas contábeis identificadas como "rendas de taxas sobre adiantamento a depositante", "recuperação de encargos e despesas", "outras rendas operacionais-cartão" e "outras rendas sobre operações de infraestrutura" por ausência de previsão legal. 6. Analisando a CDA, verifica-se a impossibilidade de se identificar o lançamento individualizado por conta contábil a fim de se alcançar o montante residual do débito exigível, uma vez subtraídos os valores indevidamente cobrados. Tendo sido realizado o lançamento de forma global, não se pode realizar o simples decote do montante irregularmente exigido, restando maculada a liquidez do título executivo. Nulidade da CDA que se confirma. Apelação não provida.
(APELREEX 00088228820104058200, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::29/01/2015 - Página::44.)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. LISTA DE SERVIÇOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/03. RECEITA DERIVADA DE OPERAÇÃO BANCÁRIA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. DESCABIMENTO NO CASO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA. 1. Restou consagrado pelo STJ, tanto em enunciado sumular (Súmula 424) como sob a sistemática dos recursos repetitivos representativos da controvérsia (REsp 1.111.234/PR), que, para fins de incidência do ISS, a Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, apesar de ser taxativa, admite interpretação extensiva. 2. Hipótese em que restou indevida a incidência daquela exação sobre as rendas decorrentes de alguns dos serviços prestados pela instituição financeira (adiantamento a depositantes; ressarcimento de taxa de exclusão -CCF; fatura de cartão de crédito e financiamento de infraestrutura), ainda que sob interpretação extensiva, dada a dessemelhança com aqueles listados na LC nº 116/03. Precedentes desta Corte. 3. Apelação e remessa oficial improvidas.
(APELREEX 00034165220114058200, Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::31/07/2014 - Página::158.)

TRIBUTÁRIO. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. É possível a admissão de interpretação extensiva em relação à lista de serviços prevista no Decreto-Lei nº 406/68, com redação conferida pela LC nº 56/87, para fins de alcançar outros correlatos àqueles expressamente previstos, observando-se, em linha de princípio, a essência da atividade prestada frente à nomenclatura por vezes adotada de forma a afastar a incidência do ISS. 2. Precedente: REsp 1111234/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 08/10/2009, submetido ao regime do art. 543-C do CPC. 3. Analisando-se pela ordem o elenco de receitas tributáveis elencadas pela fiscalização à fl. 276, inicialmente já se revela descabida a pretendida tributação por ISS de rendas de taxas sobre adiantamento a depositantes, como expressamente indicado no precedente colacionado, conquanto não se logra identificar efetiva semelhança entre tais adiantamentos e os serviços descritos no item 15.8 da lista da LC 116/2003: "Emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos a abertura de crédito para quaisquer fins." 4. Já em tal item enquadram-se ainda as rendas referentes a taxas sobre empréstimos, como serviços relativos a abertura de crédito para quaisquer fins; do mesmo modo como em tal item encontram moldura legal as rendas por serviços de cobrança de títulos descontados 5. Na mesma esteira as receitas decorrentes de taxas sobre financiamento e de comissões sobre refinanciamento, que se enquadram nos serviços descritos no já referido item 15.8. Quanto às rendas de comissões sobre financiamentos habitacionais, observa-se a adequação à hipótese de incidência descrita no item 15.18 da lista em referência, no tocante aos serviços relacionados a crédito imobiliário. 6. Mostra-se de todo descabida a exação pretensamente incidente sobre receitas decorrentes de recuperação de encargos e despesas, no caso, como especificado na respectiva conta contábil (fl. 276), de ressarcimento de taxa de exclusão do CCF. 7. O mesmo ocorre com as receitas sobre fatura de cartão, enquanto receitas operacionais que não são decorrentes propriamente da prestação de um serviço de recebimento de faturas pagas pelos clientes, mas de remuneração creditada pela Administradora do cartão à Caixa pela participação no sistema REDECARD/MASTERCARD. 8. Revela-se descabida a exação incidente sobre rendas de taxas sobre financiamento de infraestrutura, conquanto não se identifica identidade ou sequer semelhança entre tal serviço e aqueles descritos no já citado item 15.8, que fundamenta a pretensa tributação. 9. Apelação a que se nega provimento.

(AC 00086609320104058200, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data::27/05/2016 - Página::231.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. OPERAÇÕES BANCÁRIAS. SERVIÇOS CONSTANTES DA LISTA DO DL Nº 406/68. ALTERADO PELA LC Nº 56/87. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. NÃO-CABIMENTO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA. SÚMULA Nº 424/STJ. DESCABIMENTO, NA HIPÓTESE DOS AUTOS. PRECEDENTES DO STF, DO STJ E DESTA CORTE. JULGAMENTO DEFINITIVO PELO STJ SOB OS AUSPÍCIOS DO RECURSO REPETITIVO. 1. Apelação contra sentença que julgou procedentes embargos à execução fiscal para desconstituir o crédito tributário objeto do executivo fiscal correlato. 2. "Pacífico o entendimento nesta Corte Superior e no colendo STF no sentido de que a "lista de serviços" prevista no DL nº 406/68, alterada pelo DL nº 834/69 e pelas LCs nºs 56/87 e 116/03, é taxativa e exaustiva e não exemplificativa, não se admitindo, em relação a ela, o recurso da analogia, visando a alcançar hipóteses de incidência distantes das ali elencadas, devendo a lista subordinar-se à lei municipal. Vastidão de precedentes" (STJ, AgRg no Ag 933436/RJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 01/02/2008). Orientação reafirmada com a edição da Súmula nº 424/STJ: "É legítima a incidência do ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/68 e à LC 56/87". 3. O colendo STJ, sob os auspícios do recurso repetitivo (REsp nº 1111234/PR, Relª Minª ELIANA CALMON), decidiu que "De acordo com a jurisprudência pacífica do STJ, em ação de repetição de indébito, no Município de Londrina, os documentos indispensáveis mencionados pelo art. 283 do CPC são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa ad causam do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da exação. Dessa forma, conclui-se desnecessária, para fins de reconhecer o direito alegado pelo autor, a juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo, providência que deverá ser levada a termo, quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial". 4. In casu, não restou demonstrado que as operações de "rendas de taxas sobre adiantamento a depositantes", recuperação de encargos e despesas", "outras rendas operacionais-cartões" e "outras rendas sobre operações de infraestrutura", sejam idênticas, ainda que com outra nomenclatura, ou assemelhadas, aos serviços taxativamente previstos nos itens 23, 28, 75, 94 e 95 do DL nº 406/68, na redação da LC nº 56/87. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte Regional. 5. Apelação e remessa oficial não-providas.

(APELREEX 00079758620104058200, Desembargador Federal Manuel Maia, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::07/04/2016 - Página::35.)

Tributário e Processual Civil. Embargos à execução fiscal. ISS. Serviços bancários. DL Nº 406/68. Lista de serviços. Análise dos itens 95 e 96 da citada lista. Não há incidência do ISS sobre as atividades de abertura de crédito, de adiantamento a depositantes, de compensação de cheques e de títulos e de saque no caixa eletrônico. Precedentes. Apelação e remessa oficial improvidas.
(APELREEX 00086687020104058200, Desembargador Federal Lazaro Guimarães, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data::13/11/2014 - Página::96.)

II.III TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Apelação. Anulatória de débito fiscal. Ação julgada procedente em parte, com o reconhecimento da decadência de parte do crédito tributário e da não incidência do ISS sobre as contas de recuperação de encargos e despesas, rendas de adiantamento a depositante, outras rendas operacionais e rateio de resultados internos.
Aplicação do artigo 150, § 4º para a contagem do prazo decadencial, já que o crédito apurado mediante Auto de Infração foi parcialmente recolhido em relação ao exercício de 2004.
ISS. Serviços bancários. Lista anexa à Lei Complementar n. 116/03. Taxatividade que não impede a interpretação extensiva e a abrangência de situações que possuem os mesmos marcos identificadores, ainda que tenham nomenclaturas diferentes.
Recurso oficial provido para se manter a incidência do ISS sobre as receitas expostas na conta de Recuperação de Encargos e Despesas. Recurso voluntário ao qual se nega provimento.
(TJSP; Reexame necessário nº 0003376-22.2014.8.26.0028; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: Aparecida; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 24/11/2016; Data de registro: 30/11/2016)

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO - MUNICÍPIO DE SANTA BÁRBARA D'OESTE – ISS SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS - EXERCÍCIOS DE 2004 A 2006. Sentença que julgou procedentes os embargos à execução, reconhecendo a não incidência do ISS sobre as contas impugnadas e extinguindo a execução fiscal. Apelo do exequente.

ISS SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS – Contas e subcontas referentes a "Rendas de adiantamentos a depositantes", "Rendas de empréstimos", "Rendas de títulos descontados", "Rendas de financiamentos" e "Recuperação de Encargos e Despesas" que não refletem serviços constantes na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 – Por outro lado, as contas referentes a "Receitas operacionais - Rendas de outros serviços" e "Rendas de Administração de Loterias" são passíveis de tributação pelo ISS – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça.

MULTA – AUSÊNCIA DE CARÁTER CONFISCATÓRIO – Percentual de 20% do valor do tributo devido que não se afigura excessivo – Exação mantida. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – Ocorrência – Partes que foram simultaneamente vencedoras e vencidas – Sentença parcialmente reformada – Recurso provido em parte.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0003660-43.2009.8.26.0533; Relator(a): Eurípedes Faim; Comarca: Santa Bárbara D Oeste; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 24/10/2016; Data de registro: 24/10/2016)

Embargos Infringentes – ISSQN sobre Serviços Bancários –Divergência relativa à incidência tributária sobre contas decorrentes de "operações ativas" e "adiantamento a depositantes" - Atividades caracterizam serviços e devem também ser objeto de incidência de ISSQN - Embargos rejeitados
(TJSP; Recurso de Apelação nº 9246961-81.2008.8.26.0000; Relator(a): Mônica Serrano; Comarca: Jaú; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 30/06/2016; Data de registro: 05/07/2016)

Ação anulatória de débito fiscal. Procedência. ISSQN. A sentença entendeu que os serviços não constavam no rol trazido pela LC 56/87. Entretanto, a prova técnica foi minudente, analisando conta a conta, individualmente cada uma das atividades do Banco, os valores apurados e a incidência do ISSQN. Exclusão da tributação apenas de duas cobranças (Rendas de Adiantamento a Depositantes e Outras receitas operacionais/ressarcimento de despesas). Dá-se provimento ao recurso do Município, reformando-se a sentença reexaminada.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0023607-27.2004.8.26.0576; Relator(a): Beatriz Braga; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Data do julgamento: 26/04/2016; Data de registro: 03/05/2016)

APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à execução fiscal - Município de São Vicente – Serviços bancários - ISS dos exercícios de 2002 a 2006 – Legalidade da tributação – Inteligência da Súmula 424 do STJ - Possibilidade de interpretação extensiva dos itens constantes da lista de serviços – Precedentes do STJ – Fatos geradores ocorridos à luz do Decreto-lei nº 406/68 e da Lei Complementar nº 116/03 – Rendas de concessão de crédito – Incidência do imposto somente com o advento da LC 116/03 (item 15.08) - Adiantamento a depositantes; estorno de tarifas e financiamentos – Atividades que não se inserem no conceito de serviço – Sucumbência recíproca – Aplicação do art. 21, caput, do CPC - Recurso parcialmente provido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0008006-26.2010.8.26.0590; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Vicente; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 05/04/2016; Data de registro: 08/04/2016)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISS e multa por falta de recolhimento – Exercícios de 1997 a 2000 – Município de São José do Rio Preto – Serviços bancários – Itens 23, 28, 95 e 96 referentes à Lista de Serviços do Anexo VI da Lei Municipal nº 5.447/93 e itens 23, 28, 94 e 95 referentes à Lista de Serviços da Lei Complementar nº 53, de 15 de dezembro de 1987 - Alegada incidência descabida sobre atividades não previstas nos itens 95 e 96 da lista anexa à Lei Complementar nº 56/87 – Procedentes em parte em primeiro grau para excluir da execução fiscal tão somente as subcontas: 7.1.1.03.00-8 – 20648.2 ("Tarifa sem adiantamento a Depositante"), 7.1.1.05.00-6 – 24080.4 ("Tarifa de Cheque Especial"), 7.1.1.05.00-6 – 24873.2 ("Taxa de Abertura de Crédito"), 7.1.1.05.00 – 36409.1 ("ECC-TAC-EM"), 7.1.7.70.00-8 – 37594.9 ("Rendas de Serviços de Custódia" - "Tar. S/Custódia Cheques" – cf. fls. 386 e 393), 7.1.7.99.00-3 – 21306.6 ("Taxa Manutenção C/C"), 7.1.7.99.00-3 – 21381.9 ("Trans/Recol/Entrega Num. Domicil."), 7.1.7.99.00-3 – 21437.9 ("Comum Especial"), 7.1.7.99.00-3 – 21532.7 ("Débito Automático em Conta-Corrente"), 7.1.7.99.00-3 – 21872.7 ("Taxa de Serviços"), 7.1.9.30.00-6 – 21874.3 ("Ressarcimento de despesas com a Inclusão/Exclusão do nome do cliente do CCF"), 7.1.7.99.00-3 – 22053.3 ("Contratação de Operações Ativas"), 7.1.7.99.00-3 – 22098.8 ("Saque Banco 24 Horas"), 7.1.7.99.00-3 – 25435.9 ("Tarifa Cartão Salário"), 7.1.7.99.00-3 25895.4 ("Tarifa Transm. Autom. Via Fax"), 7.1.7.99.00-3 – 25903.6 ("TCOA – CDC Veículos"), 7.1.7.99.00-3 – 25906.6 ("TCOA – Cheque Empresarial"), 7.1.7.99.00-3 – 25910.1 ("TCOA – Conta Garantida"), 7.1.7.99.00-3 – 25912.7 ("TCOA – CredGiro"), 7.1.7.99.00-3 – 25918.4 ("TCOA – Crédito Pessoal Noroeste"), 7.1.7.99.00-3 – 25921-8

("TCOA – ECC DM"), 7.1.7.99.00-3 – 38763.9 ("Rendas de Outros Serviços"), 7.1.7.99.00-3 – 63264.6 ("Débito Automático em Conta-Corrente"), 7.1.9.30.00-6 – 21874.3 ("Ressarcimento de despesas com a Inclusão/Exclusão do nome do cliente do CCF"), 7.1.9.99.00-9 – 22053.3 ("Contratação Oper. Ativas"), 7.1.9.99.00-9 – 22104.4 ("Tarifa de Emissão Carta Fiança") – Determinação de exclusão dos juros sobre juros, com fulcro na Lei Municipal nº 6.563/97 - Cabimento – Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal – Sucumbência recíproca preservada - Sentença mantida – Apelos voluntários(do contribuinte e da municipalidade) improvidos.
(TJSP; Embargos de Declaração nº 0039327-29.2007.8.26.0576; Relator(a): Silva Russo; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/11/2015; Data de registro: 18/11/2015)

ISS. Serviços bancários. Exercícios 2000 a 2005. Embargos à Execução Fiscal julgados procedentes em parte. Recurso da instituição financeira. Pretensão à reforma parcial da sentença. Nulidade do auto de infração. Inocorrência. Preenchimento dos requisitos legais. Nulidade da CDA. Afastamento. Ausência de prova de prejuízo para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Decadência. Aplicação da contagem do prazo de decadência na forma do inciso I do art. 173 do CTN, pois em relação às contas apontadas como tributáveis não houve sequer recolhimento parcial do ISS. Termo de Início de Fiscalização que caracteriza medida tendente à constituição do crédito tributário e que foi formalizado antes do decurso do prazo decadencial de 05 anos. Confirmação do afastamento da decadência. Listas anexas ao Decreto-lei 406/68 (instituída pela LC 56/87) e à Lei Complementar n. 116/2003. Taxatividade que não impede a interpretação extensiva e a abrangência de situações que possuem os mesmos marcos identificadores, ainda que tenham nomenclaturas diferentes. REsp. 1.111.234/PR, sob o regime dos recursos repetitivos de que trata o art. 543-C do CPC. Súmula 424 do STJ. Laudo pericial que concluiu pela natureza tributável das receitas tributadas, com exceção de quatro contas. Sentença que reconheceu duas das contas como não sujeitas ao ISS (Rendas de Adiantamentos a Depositantes e Rendas de Empréstimos) e as excluiu da execução. Conta de Rateio de Resultados Internos que também deve ser excluída da incidência do ISS. Recurso provido em parte. Nada a se alterar com fundamento no reexame necessário.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0031289-44.2007.8.26.0506; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 26/03/2015; Data de registro: 28/03/2015)

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL. TRIBUTÁRIO. DISCUSSÃO ACERCA DA INCIDÊNCIA DE ISSQN SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS. 1. Cerceamento de defesa. Inocorrência produção de prova realizada com exercício do contraditório. 2. Inexistência de nulidade em Auto de Infração lavrado pelo Município, presentes os requisitos de validade e constituição, nos termos da Lei n°.6.830/80. 3. Auto de Infração e Imposição de Multas AIIM lavrado pelo Município em face do não recolhimento de ISSQN no período compreendido entre 01.09.1997 e 31.11.2000, pela instituição financeira. Serviços bancários que em grande parte não estão compreendidos pelo Decreto-lei 406/68, alterado pela Lei Complementar 56/87. Aplicação de dispositivo na Lei Municipal n°5.447/93, que não guarda relação com as hipóteses de incidência tributária. Precedentes desta E. Corte e do E. Superior Tribunal de Justiça. Sentença reformada para reconhecer a ilegalidade da hipótese de incidência do ISSQN sobre as contas contábeis relacionadas ao adiantamento a depositante e à comissão de abertura de crédito para financiamento/empréstimo nos exercícios tributários em que vigorava a Lei Complementar n. 56/87, e aos serviços que não se traduzem em atividade fim, mas sim às atividades meio da instituição bancária, mantida a cobrança em relação à conta contábil rendas outros serviços, porquanto, encerra atividades previstas nos itens 95 e 96 da lista de serviços da Lei Complementar em vigor. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 3003354-91.2013.8.26.0562; Relator(a): Marcelo Berthe; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Data do julgamento: 25/11/2014; Data de registro: 27/11/2014)

1. Os itens 95 e 96 da Lista de Serviços dispõem sobre o gênero "serviços", admitindo interpretação extensiva para abarcar serviços tributáveis assemelhados ou congêneres.
2. Incidência de ISS somente sobre os serviços prestados a terceiros sob a rubrica "Fornecimento de cópias de extratos".
3. Não-incidência sobre operações tipicamente e exclusivamente bancárias (Contratação de operação ativa, TCOA conta garantida, TCOA Credigiro, TCOA CDC Veículos, TCOA-Cheque Empresarial, Créd. Pessoal Noroeste); Rendas de adiantamento a depositantes - Tarifa s/ adiantamento a depositantes), por não constituírem serviços assemelhados ou congêneres.

3. Inexistência de cerceamento de defesa e de nulidade do auto de infração e da Certidão de Dívida Ativa.
4. Correção monetária em percentual fixo. Inadmissibilidade. Aplicabilidade somente de índices oficiais. Sentença reformada. Recurso do banco-embargante parcialmente provido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0125916-74.2005.8.26.0000; Relator(a): Valter Alexandre Mena; Comarca: Santos; Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 30/08/2011; Data de registro: 16/09/2011; Outros números: 994051259160)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO ACERCA DA CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INEXISTÊNCIA. TEMA EXPRESSAMENTE ABORDADO PELO DECISUM. OMISSÃO QUANTO À IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS NÃO LISTADOS NO ANEXO DO DECRETO-LEI Nº 406/1968. TEMA PARCIALMENTE ABORDADO. NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO NA QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE COMISSÕES E TAXAS DE DESCONTO, COBRADOS PELOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS, BEM COMO SOBRE AS ATIVIDADES DE ABERTURA DE CRÉDITO, DE ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES, DE COMPENSAÇÃO DE CHEQUES E DE TÍTULOS E DE SAQUE NO CAIXA ELETRÔNICO. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PARA EXAME ACERCA DA EFETIVA CORRELAÇÃO ENTRE AS RUBRICAS UTILIZADAS PELO MUNICÍPIO DE SALVADOR E A REAL NATUREZA DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO EMBARGANTE, E SE ESSES PODEM SER ENQUADRADOS, AINDA QUE POR INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA, DENTRE AS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO ISS, PREVISTAS NOS ANEXOS DO DL N. 406/1968 E DA LEI MUNICIPAL Nº 4.279/90, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 6.453/2003. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.
(TJBA - Classe: Embargos de Declaração, Número do Processo: 0394629-55.2012.8.05.0001/50000, Relator (a): Regina Helena Ramos Reis, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 11/05/2016)

Agravo Interno contra decisão que, monocraticamente, deu provimento à apelação. Embargos à execução fiscal. ISS sobre atividades bancárias. Serviços denominados “tarifa de adiantamento a depositante”, “tarifa de cheque depositado” e “tarifa de inclusão/exclusão – CCF.” O rol dos serviços sujeitos ao ISS é taxativo, porém, cada item comporta

interpretação extensiva, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Desinfluência da nomenclatura utilizada pela instituição financeira para caracterizar o fato gerador. Exação que encontra fundamento nos itens 95 e 96 da lista anexa ao Decreto-Lei 406/68 e 15.08 do rol anexo à Lei Complementar 116/03. Recurso corretamente apreciado monocraticamente. Desnecessidade de julgamento Colegiado, tendo em vista o confronto da decisão do juízo a quo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Desprovimento do recurso.

(TJRJ – AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº: 2008.001.23357; Décima Sexta Câmara Cível; Relator: Des. Agostinho Teixeira; Publicado em 30/06/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. SERVIÇOS BANCÁRIOS. Sentença de improcedência, que concluiu que as atividades apontadas no Auto de Infração são serviços bancários tributáveis, em razão de serem prestados ao consumidor, sendo irrelevante sua denominação, por constituírem serviços congêneres aos constantes da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68. Com efeito, embora as cobranças pelas atividades denominadas "Adiantamento a Depositantes" (tarifa cobrada em razão do crédito do saldo devedor na conta de cliente que emite cheque ou efetua saque sem provisão de fundos) somente ocorram quando há uma operação de crédito, o recorrente é remunerado por tarifas específicas, independentes, que são a contraprestação pelo serviço bancário prestado. Assim, a incidência de IOF sobre as operações financeiras que ensejaram a cobrança das tarifas bancárias não obsta a incidência do ISS sobre o serviço bancário prestado, e não implica em bitributação por se tratar de fatos geradores distintos, com bases de cálculo diversas e sujeitos passivos (contribuintes) diferentes, pois o tributo federal incide sobre o valor da operação de crédito, ao passo que o imposto municipal incide sobre o valor cobrado pelo banco a título de oferecimento de serviço, que são as tarifas cobradas sob a rubrica "Adiantamento a Depositantes". Além disso, as referidas atividades estão, de forma direta ou por similaridade (súmula 424 do STJ), englobados nos itens 15.08 e 15.15 da lista anexa à LC 116/2003. Por fim, a multa de 40% não é excessiva e encontra respaldo no artigo 120, I, da Lei Municipal nº 2597/2008 - Código Tributário do Município de Niterói. Logo, por não serem meras etapas da operação financeira, mas sim serviços bancários próprios e autônomos, a sentença merece ser mantida por seus próprios fundamentos. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(TJRJ; Apelação Cível nº 0022020-23.2013.8.19.0002; 20ª Câmara Cível; Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto; Julgado em 05/09/2016)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. LISTA DE SERVIÇOS DA LEI COMPLEMENTAR 116/2003. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE.
Recurso interposto contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução ofertados pelo banco recorrente. Apelante sustenta a ilegalidade da cobrança efetuada diante da exigência do recolhimento de ISS sobre atividade que não configura prestação de serviço e o excesso da multa aplicada. Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 56/87, alterada pela Lei Complementar nº 116/2003 tem caráter exaustivo, é taxativa e não comporta a aplicação da analogia. Superior Tribunal de Justiça que admite uma leitura extensiva de cada item nela constante. Entendimento do STJ reafirmado em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Para efeito de incidência do ISS considera-se a natureza do serviço prestado e não a denominação utilizada pelo banco para indicar o serviço. Aplicação do verbete sumular nº 424 do C. Superior Tribunal de Justiça (¿É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987¿). Recorrente que deixou de comprovar que a conta ¿adiantamento a depositante¿ se difere dos serviços contemplados na lista, ônus que lhe competia. Tampouco comprovou que a atividade desenvolvida não configura prestação de serviço, deixando, assim, de afastar a presunção de liquidez e certeza do auto de infração que originou a execução em apreço. Descumprimento da obrigação principal instituída pela legislação do Imposto Sobre Serviços de qualquer Natureza sujeita o contribuinte ou responsável à multa fiscal. Multa fixada em quarenta por cento sobre o imposto apurado pelo Código Tributário de Niterói que não possui caráter confiscatório. Manutenção da sentença. RECURSO DESPROVIDO.
(TJRJ - Apelação Cível nº 0013871-38.2013.8.19.0002; 2ª Câmara Cível, Relatora: Des. Elisabete Filizzola, Julgado em 02/08/2016)

DECISÃO: Acordam os integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso 1, negar provimento ao recurso 2 e alterar parcialmente a sentença em sede de reexame necessário, nos termos do voto relatado. EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DE LANÇAMENTOS E DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. SERVIÇOS BANCÁRIOS. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO.LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 56/1987. POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA RECONHECIDA PELO

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SERVIÇOS QUESTIONADOS.CONTRATAÇÃO DE OPERAÇÕES ATIVAS, ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES. TAXAS DE MANUTENÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ISS SOMENTE SOBRE O SERVIÇO DE ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES.IRRELEVÂNCIA DA NOMENCLATURA ADOTADA PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. EXAME DA NATUREZA E DO GÊNERO DO SERVIÇO. 1. Conquanto se tenha como taxativa a enumeração constante da lista de serviços anexa à lei complementar, cada um dos itens aí previstos comporta interpretação extensiva, de modo a possibilitar a tributação conforme a natureza efetiva dos serviços correlatos aos indicados de forma expressa no texto legal, em detrimento da denominação atribuída aos serviços pelos bancos. 2. Não incide ISS sobre a atividade bancária denominada "adiantamento a depositantes" por se tratar de operação financeira sujeita a IOF.Recurso 1 parcialmente provido e Recurso 2 não provido; sentença parcialmente alterada em sede de reexame necessário. (TJPR - 1ª C.Cível - ACR - 1289255-0 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Ruy Cunha Sobrinho - Unânime - - J. 11.11.2014)
(TJ-PR - REEX: 12892550 PR 1289255-0 (Acórdão), Relator: Ruy Cunha Sobrinho, Data de Julgamento: 11/11/2014, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1465 28/11/2014)

DECISÃO: Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo retido; e, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso interposto pelo ITAÚ UNIBANCO S/A, vencido o Doutor Fabio André Santos Muniz, que dava parcial provimento ao apelo, mas em menor extensão, para declarar a incidência do ISS sobre a tarifa de adiantamento aos depositantes. EMENTA: Tributário. Embargos à Execução Fiscal. ISS. Agravo retido. Prova Pericial. Indeferimento. Cerceamento de Defesa. Inocorrência. Recurso de Apelação.Reconhecimento de repercussão geral. Suspensão da exigibilidade do crédito. Não ocorrência. ISS. Serviços Bancários. Lista Anexa à Lei Complementar 56/87 e 116/2003. Taxatividade. Interpretação Ampla e Extensiva. Possibilidade. Súmula 424, do STJ. Tarifas interbancárias; operações ativas e emissão de cartão magnético e fornecimento de cheque. Incidência do tributo. Adiantamento aos Depositantes. Sujeição a IOF.Não incidência. Juros de mora e multa de 40%. Previsão Legal. Incidência. Multa de 60% por dolo, simulação ou fraude. Ausência de comprovação. Não incidência.Sucumbência. Decaimento mínimo do Município. Ônus sucumbenciais a cargo da instituição financeira.Agravo retido não provido. Apelação cível parcialmente provida. I. A lista de serviços anexa ao Decreto-Lei n.

406/1968, com redação da Lei Complementar n. 56/1987 é taxativa, entretanto, admite-se interpretação extensiva, à listagem de todas as atividades sujeitas à tributação pelo ISS. II. Importa a efetiva natureza do serviço prestado e não sua identificação formal, inclusive para evitar a alteração do nome do serviço pelo sujeito passivo da obrigação tributária, a fim de burlar a incidência do tributo, o que é inaceitável. (TJPR - 1ª C.Cível - AC - 1290544-9 - Curitiba - Rel.: Salvatore Antonio Astuti - Por maioria - - J. 12.05.2015)
(TJ-PR - APL: 12905449 PR 1290544-9 (Acórdão), Relator: Salvatore Antonio Astuti, Data de Julgamento: 12/05/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1581 10/06/2015)

DECISAO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto. EMENTA: Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Repercussão geral. STF. Sobrestamento somente com relação aos recursos extraordinários. Serviços bancários. ISS. Hipóteses de incidência. Lei Complementar 116/2003. Rubricas "tarifas interbancárias" e "adiantamento a depositantes". Ausência de previsão na lista anexa. Serviços de operação de crédito e não de prestação de serviço. Não incidência do tributo. Rubricas "operações ativas","emissão de cartão magnético" e "fornecimento de cheques". Serviços expressamente previstos na lista anexa à legislação pertinente. Imposto devido. Redistribuição do ônus de sucumbência. Recurso de apelação parcialmente provido. 1. Havendo reconhecimento de repercussão geral em torno de determinada matéria constitucional apenas os Recursos Extraordinários devem ser sobrestados. Precedentes. 2. Pacífico o entendimento no sentido de que apesar de se tratar de rol taxativo, este admite interpretação extensiva para enquadrar serviços idênticos, ou seja, de mesma natureza, mas com nomenclaturas distintas. "Súmula 424 - É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987". Interpretação idêntica se dá à Lei complementar 116/2003. 3. Não incide ISS sobre as "tarifas interbancárias", tendo em vista que as receitas derivam de operações de crédito entre os bancos integrantes do sistema de compensação, e não de cobranças efetuadas dos clientes. 4. Não pode incidir o ISS sobre a rubrica denominada "adiantamento a depositantes", pela não caracterização da hipótese de incidência na lista anexa à Lei Complementar, bem como porque tal rubrica é relativa a operações de crédito, e não a prestação de serviços. 5. Os serviços denominados "operações ativas", "emissão de cartão magnético e fornecimento de cheques" estão expressamente previstos na lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003 e, portanto, sobre tais operações, incide o ISS. (TJPR - 3ª C.Cível

- AC - 1387064-3 - Curitiba - Rel.: Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima - Unânime - - J. 28.07.2015)
(TJ-PR - APL: 13870643 PR 1387064-3 (Acórdão), Relator: Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, Data de Julgamento: 28/07/2015, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1618 31/07/2015)

ACÓRDÃO Nº 6-0339/2011 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA 3ª CÂMARA CÍVEL ARGUIDA EX OFFICIO EM SESSÃO DE JULGAMENTO. REJEITADA POR MAIORIA DE VOTOS. PRELIMINAR REQUERENDO A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. SERVIÇOS BANCÁRIOS TRIBUTÁVEIS. ISSQN. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO. DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. RECONHECIDA. 1 - Desnecessária a produção de prova pericial, tendo em vista que as provas colacionadas aos autos foram suficientes para o julgamento da Lide; 2 - Em relação à decadência, estando o ISSQN sujeito à lançamento por homologação, e sabendo-se que houve pagamento antecipado por parte do sujeito passivo, a despeito de ter sido a menor, o prazo quinquenal para que o Fisco lance a diferença a ser paga conta-se a partir da ocorrência do fato gerador do tributo. Aplicação do artigo 150, § 4º do CTN. 3 - Embora caducos os créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos até 8 de março de 2005, diante da homologação tácita dos valores antecipados pela instituição bancária, pelo que passíveis de lançamento os valores não recolhidos, ante a subsistência do prazo; 4 - O artigo 156, inciso III, da Constituição Federal, é claro ao dispor a competência dos Municípios para tributar os serviços de qualquer natureza, conforme a Lei Complementar nº 116/03, que permite interpretação extensiva em relação às atividades bancárias; 5 - No caso em tela, contudo, parte das atividades descritas no Auto de Infração são típicas operações de crédito, sobre as quais incide o imposto sobre operações financeiras (IOF), afastando-se, portanto, a incidência do ISSQN; RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.
(TJ-AL - APL: 00184906620058020001 AL 0018490-66.2005.8.02.0001, Relator: Desa. Nelma Torres Padilha, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 14/03/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. DL 406/68. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA PELA LC 56/87. INTERPRETAÇÃO AMPLA E

ANALÓGICA. INCIDÊNCIA NOS SERVIÇOS DENOMINADOS COMO RENDAS DE ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES -TARIFA , RENDAS EMPRÉSTIMOS COMERCIAL - ABERTURA DE CRÉDITO , RENDAS FINAME COMISSÃO DEL CREDERE , RENDAS FINANCIAMENTO COMERCIAL - ABERTURA DE CRÉDITO , E RENDAS OUTROS SERVIÇOS - OUTRAS RENDAS , QUE CONSTAM DOS AUTOS DE INFRAÇÃO MUNICIPAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a lista de serviços, anexa ao DL 406/68 pela LC 56/87, sobre os quais incide o ISS é taxativa, mas com a ressalva de que os itens nela constantes comportam interpretação ampla e analógica para abranger espécies de mesma natureza, independendo a nomenclatura do serviço fornecido.
(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 20020050193990001, 2ª Câmara Cível, Relator Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti , j. em 02-09-2008)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ISSQN - SERVIÇOS BANCÁRIOS CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - REQUISITOS PRESENTES - LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003 - POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA OU ANALOGIA - SERVIÇOS CONGÊNERE. No âmbito do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN -, o rol de serviços tributáveis elencados no Decreto-Lei n. 406/68 e Lei Complementar n. 116/2003 é taxativo, sendo possível, no entanto, a sua interpretação extensiva ou por analogia, conforme precedente do STJ, para cobrança do imposto sobre os serviços congêneres.
(TJ-MG - AC: 10701082165716001 MG, Relator: Geraldo Augusto, Data de Julgamento: 14/10/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/10/2014)

APELAÇÕES CÍVEIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN DO EXERCÍCIO DE 2010.TARIFAS BANCÁRIAS. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. FORMAIS INCONFORMISMOS.APELAÇÃO CÍVEL (01). FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE CAMPO MOURÃO. INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE A OPERAÇÃO DENOMINADA "TARIFAS INTERBANCÁRIAS". PERTINÊNCIA.INTERPRETAÇÃO AMPLA E ANALÓGICA DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LC N° 116/2003. ITENS 15.10 E 15.15. RECURSO PROVIDO.APELAÇÃO CÍVEL (02). ITAÚ UNIBANCO S/A.AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE A OPERAÇÃO DENOMINADA "ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES". INCONGRUIDADE.

COBRANÇA DEVIDA. ITEM 15.08 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA A LC 116/2003. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO NÃO PROVIDO.
(TJPR - 2ª C.Cível - AC - 1479498-6 - Campo Mourão - Rel.: Guimarães da Costa - Por maioria - - J. 05.07.2016)

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. DECRETO-LEI 406/68. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. A lista de serviços do ISS comporta interpretação extensiva, assim entendido o alargamento da abrangência de cada item a serviço de mesma natureza, porém com outra nomenclatura. A analogia, por outro lado, é vedada sob pena de se suprimir a garantia da taxatividade. Súmula 424 do Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.111.234/PR, julgado sob o rito do art. 543-C, do Código de Processo Civil. RUBRICAS DO PLANO CONTÁBIL COSIF. Circular 1.273/87 do Banco Central. Não incidência do ISS sobre Rendas de Adiantamento a Depositante, Rendas de Cobrança, Abertura de Crédito - CDC e Abertura de Crédito - empréstimo e Exclusão Aadastral de Cheque Sem Fundos. Passíveis de incidência, por outro lado, o Fornecimento de Segundas Vias de Documentos e Avisos de Lançamentos, Cheque Depositado Devolvido, Fornecimento de Extratos e Talonários e Elaboração e Atualização de Ficha Cadastral. Auto de infração e lançamento que devem ser mantidos, uma vez que mediante simples operação aritmética é possível excluir da base de cálculo do ISS os serviços impassíveis de cobrança. Sentença reformada. Honorários advocatícios majorados e ônus sucumbenciais readequados. À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO RÉU E, POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DA AUTORA.
(TJRS - Apelação e Reexame Necessário Nº 70059985705, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 05/11/2014)

AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO COMO AGRAVO. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ISS. NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO. RECONHECIDA. TARIFAS BANCÁRIAS. LEI MUNICIPAL Nº 3.694/03 DO MUNICÍPIO DE ERECHIM. ITENS 15.02 A 15.18 DA LEI COMPLEMENTAR 116/2003. TAXATIVIDADE. POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. NÃO-INCIDÊNCIA NO CASO CONCRETO. O rol de serviços constantes do nos itens 15.02 a 15.18 da Lei Complementar 116/2003, é taxativo, permitindo, contudo, interpretação

extensiva. Resp 1.111.234. Art. 543-C do CPC. Precedentes do STJ e TJRGS. Não incidência, no caso, de ISS sobre as tarifas referentes às operações de crédito, decorrentes de rendas de adiantamento a depositantes e rendas de garantias prestadas, com base na Lei Municipal nº 3.694/03 do Município de Erechim. Precedentes do TJRGS, STJ e STF. Agravo regimental conhecido como agravo, desprovido.
(TJRS - Agravo Regimental Nº 70054234224, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 25/04/2013)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISSQN. OPERAÇÕES FINANCEIRAS. IMPOSSIBILIDADE DA TRIBUTAÇÃO. O Superior Tribunal de Justiça, no RESP 1.111.234 submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08, entendeu que a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência do ISS, comporta interpretação extensiva para serviços congêneres, desde que demonstrada pertinência. In casu, o laudo pericial apontou que a as receitas da conta tributada não correspondem à remuneração por serviços prestados, mas sim à remuneração do capital (juros) em razão de adiantamentos concedidos aos depositantes, razão pela qual é incabível a incidência de ISS. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.
(TJRS - Apelação Cível Nº 70052598398, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 10/04/2013)

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTOS. ISS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SERVIÇOS BANCÁRIOS. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DL Nº 406/68. Incidência de ISS sobre os serviços de operações ativas (abertura de conta), adiantamento aos depositantes e tarifas interbancárias. Impossibilidade. Incidência de ISS sobre os serviços de títulos descontados. Viabilidade. Apelo parcialmente provido. Voto vencido.
(TJRS - Apelação Cível Nº 70038183448, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Rodrigues Bossle, Julgado em 27/10/2010)

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. ISSQN. SERVIÇOS BANCÁRIOS. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. LANÇAMENTO. Há nulidade no lançamento que impede a defesa adequada, não especificando os fatos geradores específicos da matéria tributável. Hipótese em que a instituição financeira realizou a defesa administrativa, através de impugnação e recursos, como a ação judicial, conseguindo elencar, passo a passo, os serviços que entendeu

envolvidos na autuação, e exercitar sua defesa, não tendo sido ferido o princípio do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal. LC 56/87. LISTA ANEXA. Embora seja taxativa a lista de serviços sobre os quais incide o ISS, cada item merece interpretação extensiva. Sob sua vigência, as operações de câmbio, transferência de fundos, recuperação de encargos e despesas, créditos, avais e fianças, cobranças, as atividades de datilografia, estenografia, expediente, secretaria em geral, abertura de crédito e de adiantamento a depositantes, compensação de cheques e de títulos, saque no caixa eletrônico, manutenção de conta inativa, tarifas de comunicações não se submetem ao ISS, por estarem vinculadas a operações de crédito tributadas pelo IOF. O fornecimento de talões de cheque e o fornecimento de cartões 24 horas, considerando-se o primeiro talão no mês e a primeira via do cartão, integram a atividade-fim, não havendo possibilidade de cobrança do ISS. PROVA. Os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e veracidade, sendo de quem se opõe a eles o ônus da prova. Avaliações e vistorias, tarifas de receita de não correntistas, locação de cofres, convênios com IAPAS e outras entidades podem sofrer a exação, ou porque expressamente previstos, ou porque correlatos, sem demonstração quanto a serem atividade-meio, de ônus do banco autor. SUCUMBÊNCIA REDISTRIBUÍDA. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA, NESSES LIMITES, EM REEXAME NECESSÁRIO.
(TJRS - Apelação Cível Nº 70028939429, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 18/06/2009)

DIREITO TRIBUTÁRIO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÕES - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS -INCLUSÃO DE ADMINISTRADORES NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO - RECURSO APRESENTADO PELA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA - IMPOSSIBILIDADE - ISS - SERVIÇOS BANCÁRIOS DE NATUREZA ACESSÓRIA - INCIDÊNCIA DO IMPOSTO - POSSIBILIDADE - LISTAS DE SERVIÇOS ANEXAS AO DECRETO-LEI 406/68, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR 56/87 E À LEI COMPLEMENTAR 116/03 - TAXATIVIDADE - ADMISSÃO DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - RENDAS DECORRENTES DE ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES E DE TARIFA DE CHEQUES DEPOSITADOS - ATIVIDADES QUE NÃO SE CONFIGURAM COMO SERVIÇOS - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA -

CONSTATAÇÃO - SENTENÇA CONFIRMADA - PRIMEIRA APELAÇÃO PREJUDICADA - SEGUNDA APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.
- A pessoa jurídica não tem legitimidade para questionar a inclusão de seus administradores no pólo passivo da execução fiscal.
- Os serviços prestados por estabelecimentos bancários, que não se revestem de natureza tipicamente financeira, comportam tributação por ISS, desde que previstos nas listas de serviços anexas ao decreto-lei 406/68, alterada pela lei complementar 56/87, e à lei complementar 116/03 que, embora taxativas, admitem interpretação extensiva.
- As rendas decorrentes de adiantamento a depositantes e de tarifa de cheques depositados não estão sujeitas à incidência do ISS, porque tais atividades não podem ser consideradas serviços. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0702.11.037275-3/001, Relator(a): Des.(a) Moreira Diniz , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/08/2014, publicação da súmula em 28/08/2014)

ANEXO 3 – TARIFAS INTERBANCÁRIAS

I. TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

ISS - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA. Os serviços prestados por instituições financeiras e estabelecimentos bancários, não previstos nos itens 95 e 96 da lista anexa à então vigente Lei Complementar nº 56/87, desde que enquadrados em quaisquer dos demais itens da referida lista, são tributáveis pelo imposto, mediante a aplicação de uma interpretação extensiva e analógica das hipóteses de incidência elencadas pela lei. Recurso voluntário improvido. Decisão unânime. ISS - RECEITAS DE ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS – INCIDÊNCIA. Incide o imposto sobre as rubricas correspondentes a: "tarifas interbancárias"; "rendas de serviços - contratação de operações ativas"; "rendas operacionais - taxa de manutenção de c/c e de poupança"; "rendas de serviços não convencionais - alteração de contrato - garantia - cancelamento de contratos de cessão de direitos e de obrigações - substituição de garantia"; "segunda via de instrumento de liberação de veículo"; "informações diversas - recuperação de despesas e de custos"; "rendas de garantias prestadas"; e "tributos municipais/ISS retido", enquadradas nos incisos XXIX e XCVI, do artigo 8º, da Lei nº 691/84, com redação da Lei nº 1.194/87, e nos itens 15.00, 15.02, 15.06, 15.08, 15.10, 15.12 e 15.15, do artigo 8º, da Lei nº 691/84, com redação da Lei nº 3.691/2003. Recurso voluntário improvido. Decisão unânime. ISS - BANCOS -

SERVIÇOS DE CUSTÓDIA – INCIDÊNCIA. Os serviços de custódia de títulos ou valores, sejam na forma de custódia simples ou com administração, enquadram-se nos incisos LVI e XLIII, do artigo 8º, da Lei nº 691/84, com a redação da Lei nº 1.194/87. Recurso voluntário improvido. Decisão unânime. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS.
(Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro; Recurso Voluntário nº 11.231; Acórdão nº 10372; Relatora: Conselheira Vera Lucia Ferreira de Mello Henriques; Julgado em 17/07/2008)

II. TRIBUNAIS JUDICIAIS

II.I. TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

EXECUÇÃO FISCAL – Embargos - ISSQN - Serviços bancários – Exercícios de 2006 a 2010 - Taxatividade da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 - Possibilidade de interpretação extensiva, viabilizando o enquadramento de serviços congêneres àqueles explicitamente elencados – Os serviços de "tarifa interbancária", "atendimento preferencial" e "taxa de carregamento – VGBL" não são tributáveis, já que tais atividades não representam serviços congêneres aos elencados na referida lista – Os serviços de "Desconto de cheque pré-datados"; "Depósitos de cheques", "Banco 24 horas", "Mensagens via celular – SMS" e "Saques (TAA – Caixa e RVA)" são perfeitamente tributáveis, pois correspondem a serviços congêneres previstos na supramencionada lista – Sentença parcialmente reformada – Recursos parcialmente providos.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0001668-03.2014.8.26.0588; Relator(a): Wanderley José Federighi; Comarca: São Sebastião da Grama; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/12/2016; Data de registro: 16/12/2016)

EMBARGOS INFRINGENTES – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ISSQN – Serviços bancários congêneres - Lista Anexa ao Decreto-lei 406/68 com a redação dada pela LC 56/87 – Voto divergente que excluiu a tributação sobre as contas tarifas interbancárias e tarifa conta inativa. Embargos acolhidos.
(TJSP; Embargos Infringentes nº 9288697-79.2008.8.26.0000; Relator(a): Octavio Machado de Barros; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 02/06/2016; Data de registro: 03/06/2016)

APELAÇÃO CÍVEL - Embargos à execução fiscal - Serviços bancários - Auto de infração decorrente de procedimento fiscal - Cobrança de multa por ausência do recolhimento do ISS - Reconhecida na AP 3003232-78.2013.8.26.0562 a não incidência de ISS sobre a conta COSIF 7.1.7.99.00-3 (adiantamento aos depositantes) e sobre as tarifas interbancárias, prosseguindo a execução fiscal em relação às demais contas autuadas - Multa devida - Aplicação de acordo com a legislação tributária municipal - Manutenção da cobrança - Sentença reformada - Recurso provido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 3003230-11.2013.8.26.0562; Relator(a): Eutálio Porto; Comarca: Santos; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/12/2015; Data de registro: 12/01/2016)

ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – AUTO DE INFRAÇÃO – ISSQN – Serviços Bancários - Exercícios de 2000 a 2001 – Interpretação extensiva que, no entanto, não pode desbordar do conceito de serviço bancário como atividade-fim – Exclusão daquelas que não se enquadram na lista de serviço prevista na lei local e no Decreto 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar 56/87, vigentes ao tempo dos fatos geradores – Tarifa interbancária que representa ressarcimento de despesas ou recuperação de custos, utilizadas na própria prestação do serviço e não à remuneração por algum serviço prestado autonomamente pelo banco – Sentença mantida – Reexame necessário, que se considera interposto e Recurso voluntário da Municipalidade improvidos.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0030145-07.2005.8.26.0053; Relator(a): Rezende Silveira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/06/2015; Data de registro: 29/06/2015)

TRIBUTÁRIO. ISS. TARIFAS BANCÁRIAS "EXCESSO DE LIMITE", "MANUTENÇÃO DE CONVÊNIO", "INTERBANCÁRIA", "ESTORNO DE RENDA E SERVIÇOS", "MANUTENÇÃO DE CONTAS INATIVAS", "INCLUSÃO E EXCLUSÃO DE CCF", "ATESTADO DE IDONEIDADE", "CONTRATAÇÕES DE OPERAÇÕES ATIVAS E ADIANTAMENTOS".
Há operações bancárias -e de tais se trata nos autos- que não se sujeitam à incidência de ISS, porque, além de não serem equivalentes, em essência, a nenhuma das várias categorias textualizadas nos itens 95 e 96 da lista anexa ao Decreto-lei nº 406, de 1968, são apenas atividades acessórias de serviços bancários ou de operações de crédito já submetidas, por

isso, a tributação federal. Não provimento da remessa necessária, que se tem por interposta, e da apelação da Municipalidade de Ribeirão Preto.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 9000037-40.2002.8.26.0506; Relator(a): Ricardo Dip; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Data do julgamento: 18/11/2014; Data de registro: 21/11/2014)

Embargos de Declaração Omissão Ausência de manifestação quanto a incidência do ISSQN sobre as contas denominadas: taxa de manutenção e tarifas interbancárias - Ocorrência Embargos acolhidos, declarando-se inválido o lançamento tributário e determinando-se a exclusão da cobrança incidente sobre as contas: taxa de manutenção e tarifas interbancárias.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 9218133-75.2008.8.26.0000; Relator(a): Cláudio Marques; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 06/11/2014; Data de registro: 11/11/2014)

Apelação Cível Embargos à Execução Fiscal rejeitados ISS Serviços Bancários Exercício de 1999 Interpretação extensiva da lista anexa à Lei Complementar nº 56/87 permitida Precedentes do STJ Não incidência, contudo, sobre as rendas advindas de 'contratação de operações ativas'; 'adiantamento aos depositantes'; 'serviço de custódia'; 'taxa de manutenção', 'tarifas interbancárias' e 'alteração de contrato/garantia/cancelamento de contratos de cessão de direitos e obrigações/substituição de garantia' Acolhimento dos Embargos e, consequente extinção da Execução Inversão dos ônus sucumbenciais Recurso provido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 9059197-15.2009.8.26.0000; Relator(a): Silvana Malandrino Mollo; Comarca: Franca; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 24/07/2014; Data de registro: 05/08/2014; Outros números: 8815985100)

Apelação. Embargos à Execução Fiscal. ISS no período de outubro de 2003 a julho de 2008. Nulidade da CDA. Decadência. Nulidade dos lançamentos. Incidência de ISS sobre os serviços de tarifa interbancária, de liberação imediata de cheques e de desbloqueio de talão de cheques.
1. Apelo interposto para arguir nulidade da CDA apenas na segunda instância. Possibilidade. Matéria de ordem pública. Preliminar afastada.
2. CDA e Procedimento Administrativo válidos. Ausência de prejuízo ao exercício do direito de defesa do apelante.

3. Aplicação do art. 150, §4º, do CTN para fixação do termo inicial do prazo decadencial. Ocorrência de decadência em relação ao crédito anterior a 12/12/2003, tendo em vista a consumação do prazo de 5 (cinco) anos desde a constituição do crédito tributário com a lavratura do auto de infração em 12/12/2008.
4. Cobrança de ISS, no período de outubro de 2003 a dezembro de 2003, com fundamento na LC nº 116/2003. Utilização de legislação posterior para exigir tributo em relação a fatos geradores já ocorridos. Violação do princípio da irretroatividade da lei. Nulidade dos lançamentos fiscais compreendidos entre outubro de 2003 a dezembro de 2003.
5. Cobrança de ISS, no período de janeiro de 2004 a julho de 2008, com fundamento na LC nº 116/2003. Lista de Serviços taxativa e exaustiva. Não há que se negar a taxatividade da lista de serviços passíveis de incidência do tributo, porém é reconhecida a interpretação extensiva dos serviços. Não incidência de ISS sobre tarifa interbancária. Incidência de ISS sobre os serviços de liberação imediata de cheques e de desbloqueio de talão de cheques.
6. Despesas, custas e honorários. Sucumbência recíproca. Cada parte arcará com as custas processuais e honorários que despendeu, nos termos do art. 21, "caput", do Código de Processo Civil. Recurso parcialmente provido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0004540-34.2009.8.26.0210; Relator(a): Kenarik Boujikian; Comarca: Guaíra; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 22/05/2014; Data de registro: 28/05/2014)

IMPOSTO ISS Incidência sobre serviços bancários Questão relativa à nulidade de autos de infração superada em razão da apreciação da matéria em sede de agravo de instrumento Preclusão verificada Incidência do imposto sobre "tarifa interbancária", "tarifa de compensação" e "receitas transações", afastada pela sentença, admitida, porém, a exigência sobre "rendas de prestação de serviços" Decisão Correta Sentença mantida por seus próprios fundamentos Multa fixada em 50% do valor devido Admissibilidade Previsão legal Aplicação dentro dos limites da proporcionalidade e razoabilidade - Honorários arbitrados em R$ 3.000,00 a cargo unicamente da Municipalidade, já observada a sucumbência, em menor parte, do autor Recurso de ofício e apelo da Municipalidade providos em parte para esse fim, desprovido o do banco.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 9132138-60.2009.8.26.0000; Relator(a): Fortes Muniz; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 20/06/2013; Data de registro: 27/06/2013; Outros números: 9820995000)

APELAÇÃO - Embargos a execução de ISS sobre atividade banca na. tarifa Interbancária — serviços bancários que não integram a lista do DL 406/68 - Não há hipóteses de incidência do ISS Recurso Denegado.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0161456-18.2007.8.26.0000; Relator(a): Wilson Julio Zanluqui; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público A; Data do julgamento: 14/03/2008; Data de registro: 10/04/2008; Outros números: 7058375800)

1 EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - ISS – Serviços prestados por bancos – NÃO INCIDÊNCIA - A lista de serviços anexa ao Decreto-lei n° 406/68 com a redação da Lei Complementar n° 56/87 é taxativa, sendo vedado o recurso da analogia para alcançar hipóteses de incidência diversas daquelas ali elencadas Todavia, é possível uma leitura ampla de cada item da lista apenas para enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos.
2 Tarifa interbancária não está previstos na lista anexa do Decreto-lei n° 406/68 e nem pode ser equiparado aos serviços ali elencados. Atividade acessória ao depósito bancário e por isso excluída da lista de serviços, nos termos do item 56.
3 INEXIGIBILIDADE dos títulos por ausência de fato gerador.
4 Recurso provido Sentença reformada
(TJSP; Recurso de Apelação nº 9171234-53.2007.8.26.0000; Relator(a): Daniela Carla Russo Greco de Lemos; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 29/11/2007; Data de registro: 12/12/2007; Outros números: 6558705000)

EMENTA: Agravos Regimentais Simultâneos contra decisão que negou seguimento aos apelos simultâneos, com fundamento no art. 557, caput, do CPC. Do exame dos autos, vê-se que não merece reforma a decisão de 1º grau que julgou parcialmente procedentes os Embargos a Execução Fiscal, reconhecendo a incidência de ISS apenas sobre as contas "Tarifas interbancárias" nº 7307) e Taxas de manutenção (nº 7391), determinando assim o prosseguimento da Execução em relação às mencionadas contas. Acerca da matéria em estudo, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, para enquadrar serviços correlatos naqueles previstos expressamente. Vê-se dos autos que diante de uma interpretação extensiva realizada na prova pericial, pode-se concluir que: 1) a rubrica

contábil denominada "Tarifa Interbancárias" constitui fato gerador sujeito à cobrança de ISS, porquanto relacionada a atividades de compensação interbancária, como devolução de cheques, ordens de pagamento e de créditos. O item 95 da lista de serviços contempla expressamente o serviço prestado por instituições financeiras autorizada a funcionar pelo Banco Central de ordens de pagamento e de crédito, por qualquer meio, assim como pagamentos por conta de terceiros. 2) quanto às receitas denominadas "Taxas de Manutenção", da mesma forma verifica-se a sua correlação com os serviços listados no Decreto-Lei no campo de incidência do ISS, por considerá-lo como serviço tipicamente bancário, com vista a remunerar um complexo de atividades de expediente que compõem a infraestrutura administrativa do Banco e a consequente manutenção das contas ativas. No que diz respeito as demais contas objeto da NFL 2094.2006, irretocável a sentença recorrida, que com base na perícia contábil, apresentada pelo expert do juízo, afastou o enquadramento destes serviços aos elencados ao item 95 da lista anexa ao CTRMS, impedindo-se assim a incidência da exação tributária. Decisão mantida. Agravos Regimentais Simultâneos não providos.
(Classe: Agravo Regimental, Número do Processo: 0042296-73.2010.8.05.0001/50001, Relator(a): José Cícero Landin Neto, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 05/11/2014)

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - ISS - POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA LISTA DE SERVIÇOS - SÚMULA 424 DO STJ - SERVIÇOS BANCÁRIOS - "TARIFAS INTERBANCÁRIAS"; "OPERAÇÕES ATIVAS";‘’ EMISSÃO DE CARTÃO MAGNÉTICO E CHEQUE’’; ‘’ TAXA DE MANUTENÇÃO DE CONTA CORRENTE E CONTA POUPANÇA’’; ‘’ RENDAS DE CUSTÓDIA’’ - POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO ISS POR CORRESPONDEREM AOS SERVIÇOS DESCRITOS NA LEGISLAÇAÕ PERTINENTE - "ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES" - NECESSIDADE DE EXCLUSÃO - OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL POR IOF - PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL - "RENDAS DE ESTORNO" - INEXISTÊNCIA DE AUTUAÇÃO PELA MUNICIPALIDADE -RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
(TJPR - 1ª C.Cível - AC - 1518029-1 - Curitiba - Rel.: Rubens Oliveira Fontoura - Unânime - - J. 26.04.2016)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE TARIFAS BANCÁRIAS. IMPROCEDÊNCIA. FORMAL INCONFORMISMO.

LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003 QUE, EMBORA TAXATIVA, COMPORTA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PRECENDENTES DO STJ E DESTE AREÓPAGO. SÚMULA 424 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE AS OPERAÇÕES DENOMINADAS "OPERAÇÕES ATIVAS", "TARIFAS INTERBANCÁRIAS" E "TARIFA PELA EMISSÃO DE CARTÃO MAGNÉTICO E FORNECIMENTO DE CHEQUE". COBRANÇA DEVIDA DO ISS.SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.
(TJPR - 2ª C.Cível - AC - 1437482-8 - Curitiba - Rel.: Guimarães da Costa - Por maioria - - J. 29.03.2016)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL JULGADOS IMPROCEDENTES. ISS SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS (ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES, OPERAÇÕES ATIVAS E TARIFAS INTERBANCÁRIAS). (I) INSURGÊNCIA CONTRA A CUMULAÇÃO DE SELIC COM A CORREÇÃO MONETÁRIA. CDA QUE NÃO APRESENTA TAL CUMULAÇÃO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO SINGULAR. NÃO CONHECIMENTO. (II) LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003 QUE COMPORTA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL. (III) ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE DA MULTA AFASTADA. AUSÊNCIA DE CARÁTER CONFISCATÓRIO. VALIDADE POR SEU CARÁTER SANCIONATÓRIO E CORRETIVO, A FIM DE EVITAR INADIMPLÊNCIAS FUTURAS. (IV) CONDENAÇÃO DO APELANTE NOS ÔNUS SUCUBENCIAIS MANTIDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.
(TJPR - 3ª C.Cível - AC - 1516206-0 - Curitiba - Rel.: Osvaldo Nallim Duarte - Unânime - - J. 19.07.2016)

DECISAO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto. EMENTA: Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Repercussão geral. STF. Sobrestamento somente com relação aos recursos extraordinários. Serviços bancários. ISS. Hipóteses de incidência. Lei Complementar 116/2003. Rubrica "tarifas interbancárias". Ausência de previsão na lista anexa. Serviço de operação de crédito e não de prestação de serviço. Não incidência do tributo. Rubrica "operações ativas". Serviço expressamente previsto na lista anexa à legislação pertinente.

Imposto devido. Rubrica "adiantamento a depositantes". Ausência de previsão na lista anexa. Serviço de operação de crédito e não de prestação de serviço. Não incidência do tributo. Multa, juros e correção monetária. Cobrança devida. Manutenção. Multa em razão de dolo, simulação ou fraude. Não ocorrência. Exclusão. Redistribuição do ônus de sucumbência. Recurso de Apelação parcialmente provido. 1) Havendo reconhecimento de repercussão geral em torno de determinada matéria constitucional apenas os Recursos Extraordinários devem ser sobrestados. Precedentes. 2) Pacífico o entendimento no sentido de que apesar de se tratar de rol taxativo, este admite interpretação extensiva para enquadrar serviços idênticos, ou seja, de mesma natureza, mas com nomenclaturas distintas. "Súmula 424 - É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987". Interpretação idêntica se dá à Lei complementar 116/2003. 3) Não incide ISS sobre as "tarifas interbancárias", tendo em vista que as receitas derivam de operações de crédito entre os bancos integrantes do sistema de compensação, e não de cobranças efetuadas dos clientes. 4) O serviço de "operações ativas" está expressamente previsto na lista anexa à LC 116/2003 e, portanto, sobre tais operações, incide o ISS. 5) Não pode incidir o ISS sobre a rubrica denominada "adiantamento a depositantes", pela não caracterização da hipótese de incidência na lista anexa à Lei Complementar, bem como porque tal rubrica é relativa a operações de crédito, e não a prestação de serviços. 6) Não restando demonstrado nos autos, extreme de dúvidas, que tenha o embargante agido com dolo, fraude ou simulação, é de ser excluída a multa de 60% que lhe foi imposta a este título. (TJPR - 3ª C.Cível - AC - 1366296-5 - Curitiba - Rel.: Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima - Unânime - - J. 19.05.2015)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ISSQN. SERVIÇOS BANCÁRIOS. LISTA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. ALCANCE DE SERVIÇOS CORRELATOS. - A lista de serviços sujeitos ao ISSQN é taxativa, admitindo, não obstante, interpretação extensiva. - A tarifa exigida pela compensação de títulos em operações interbancárias constitui base de cálculo do Imposto Sobre Serviços, por se relacionar a serviços de recebimento, de acordo com o item 95 da lista.- As demais tarifas cobradas se referem a serviços de expediente que compõem a infra-estrutura administrativa do Banco, inserindo-se no item 29 da lista de serviços. - Preliminar rejeitada.- Recurso improvido. (TJMG - Apelação Cível 1.0079.05.183144-8/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat , 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/04/2008, publicação da súmula em 23/04/2008)

ANEXO IV – OPERAÇÕES ATIVAS

I. TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

EMENTA: RECURSOS VOLUNTÁRIO E "EX OFFICIO" Nº 8.837 2º) COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E 2º) UNIBANCO - UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S.A. ISS - AUTO DE INFRAÇÃO - SERVIÇOS NÃO ESPECIFICADOS - EXCLUSÃO DO LANÇAMENTO É de ser mantida a decisão de primeira instancia que, levando em conta a prova dos autos e a não especificação de serviços apontados como geradores da incidência do ISS no levantamento fiscal, os exclui do lançamento. Recurso de ofício improvido. Decisão unanime. ISS - AUTO DE INFRAÇÃO - SERVIÇOS BANCÁRIOS - INCIDÊNCIA Os serviços prestados por estabelecimentos bancários e demais instituições financeiras, não previstos nos itens 95 e 96 da lista anexa à ent ão vigente Lei Complementar nº 56/87, desde que enquadrados em quaisquer dos demais itens da referida lista, são tributáveis pelo imposto, mediante a aplicação de uma interpretação extensiva e analógica das hipóteses de incidência elencadas pela lei. ISS - AUTO DE INFRAÇÃO - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS A prestação dos serviços de manutenção de contas inativas, de contratação de operações ativas, de abertura de crédito e de cobrança de desconto enquadram-se nas hipóteses de incidência do imposto, previstas nos incisos XXIX, XCV e XCVI, do artigo 8º, da Lei nº 691/84, com a redação da Lei nº 1.194/87 (Código Tributário Municipal). Recurso voluntário improvido. Decisão unanime.
(Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro; PROCESSO Nº 04/354.154/2001 ACÓRDÃO Nº 15.237; Julgado em 22/10/2015)

ISS - NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO
A existência de quadros demonstrativos anexos ao Auto de Infração supre a ausência da descrição circunstanciada de que trata o inciso III do art. 21 do Decreto nº 2.979/81. Preliminar rejeitada. Decisão unânime. ISS - NULIDADE PARCIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO. Há de ser rejeitada preliminar de nulidade sempre que argüida contra matéria de mérito. Preliminar rejeitada. Decisão unânime. ISS - ARRENDAMENTO MERCANTIL O arrendamento mercantil está sujeito à incidência do ISS. Inteligência do item 79 da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68 e inciso LXXIX do art. 8º da Lei nº 691/84. ISS - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. Os serviços prestados por instituições financeiras e

estabelecimentos bancários, não previstos nos itens 95 e 96 da lista anexa à então vigente Lei Complementar nº 56/87, desde que enquadrados em quaisquer dos demais itens da referida lista, são tributáveis pelo imposto, mediante a aplicação de uma interpretação extensiva e analógica das hipóteses de incidência elencadas pela lei. ISS - ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS - CONTRATAÇÃO DE OPERAÇÕES ATIVAS, OPERAÇÕES DE RESSARCIMENTO DE DESPESAS DE COMPENSAÇÃO E EMISSÃO DE CARTA DE CRÉDITO – EXPORTAÇÃO. As receitas de comissões auferidas com a contratação de operações ativas, de tarifa pela abertura de crédito e as receitas decorrentes da prestação de serviços de envio e recebimento de cheques recebidos das instituições financeiras e de fornecimento de carta de crédito, são tributáveis pelo imposto. Inteligência dos incisos XXIV e XXIX, do artigo 8º, da Lei nº 691/84, com a redação da Lei nº 1.194/87. ISS - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - RECEITAS DIVERSAS. Não comprovada pelo Contribuinte a origem das receitas abrigadas na rubrica "FX - RCT DIV.", onde estão registradas receitas diversas, de conta integrante do grupo de contas de prestação de serviços, de modo a afastar a incidência do imposto, torna-se devido o ISS. ISS - BANCOS - SERVIÇOS DE CUSTÓDIA. Os serviços de custódia de títulos ou valores, sejam na forma de custódia simples ou com administração, enquadram-se nos incisos LVI e XLIII, do artigo 8º, da Lei nº 691/84, com a redação da Lei nº 1.194/87.
ISS - OPERAÇÕES DE CRÉDITO RESOLUÇÃO BCB 63. Tratando-se de prestação de serviços previstos na lista de que trata o Decreto-lei nº 406/68 e no art. 8º da Lei nº 691/84, há de incidir o ISS. ISS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Não se revelando o cadastramento de emissores de cheques sem fundos como prestação de serviços sujeita à incidência do ISS, devem os referidos valores ser excluídos do lançamento. Recurso Voluntário provido parcialmente. Decisão pelo voto de qualidade.
(Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro; Recurso Voluntário nº 5.906; Acordão nº 7650; Relatora do Acordão: Conselheira Vera Lucia Ferreira de Mello Henriques; Julgado em 14/08/2003)

ISS - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - RENDAS DIVERSAS. Ficam excluídas do lançamento as receitas oriundas da conta - Rendas Diversas - cuja correspondência com serviços tributáveis pelo ISS não esteja evidenciada. Recurso de ofício improvido. Decisão unânime. ISS - BANCOS – INCIDÊNCIA. Os serviços prestados por estabelecimentos bancários e demais instituições financeiras, não previstos nos itens 95 e 96 da lista anexa à então vigente Lei Complementar nº 56/87, desde que enquadrados em quaisquer dos demais

itens da referida lista, são tributáveis pelo imposto, mediante a aplicação de uma interpretação extensiva e analógica das hipóteses de incidência elencadas pela lei. Recurso voluntário improvido. Decisão unânime. ISS - BANCOS - SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS. A prestação dos serviços de manutenção de contas inativas, de contratação de operações ativas, de abertura de crédito e de cobrança de desconto, enquadram-se nas hipóteses de incidência do imposto, previstas nos incisos XXIX, XCV e XCVI, do artigo 8º, da Lei nº 691/84, com a redação da Lei nº 1.194/87 (Código Tributário Municipal). Recurso voluntário improvido. Decisão unânime. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS.
(Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro; Recurso Voluntário nº 6.683; Acordão nº 10655; Relatora: Conselheira Vera Lucia Ferreira de Mello Henriques; Julgado em 30/10/2008)

II. TRIBUNAIS JUDICIAIS

II.I – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. DL 406/1968. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DE CADA ITEM. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. MATÉRIA JÁ PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO. RESP 1.111.234/PR. ART. 543-C DO CPC. 1. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de reconhecer que a lista de serviços anexa ao Decreto-Lei 406/1968, para efeito de aplicação de ISS aos serviços bancários, é taxativa, mas admite leitura extensiva de cada item a fim de enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos. Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.111.234/PR, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). 2. Conforme destacado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no voto condutor do acórdão, da lavra do Desembargador Carlos Hoffman, fls. 223-239, da análise dos itens 95 e 96 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei n. 406/68 conclui-se que o ISS recai em serviços de renda sobre títulos descontados, de contratação de operações ativas, de renda de serviço de custódia (custódia de cheques), de renda de outros serviços (contas paralisadas), de manutenção de contas correntes, de renda de outros serviços (exclusão do CCF), de renda sobre cobrança caucionada, não tendo incidência sobre as atividades de saque no banco 24 horas, de manutenção de conta fácil Finasa e de cobertura de saldo devedor em conta corrente. 3. Ademais, observa-se que o Tribunal a quo assentou, com base na prova dos autos, que os mencionados serviços prestados pela instituição

bancária ensejam a utilização de ISS. Por outro lado, para aferir se houve o devido enquadramento das atividades desenvolvidas pelo recorrente, no intuito de comprovar se guardam ou não similitude com os serviços listados no Decreto-Lei 406/1968, imprescindível reexaminar o material fático-probatório, o que é inviável em Recurso Especial, por vedação da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". Nesse sentido, os precedentes: AgRg nos EDcl no AREsp 102.327/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/12/2012; AgRg no REsp 1286193/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23/08/2012; REsp 1282084/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 03/05/2012; AgRg no AREsp 55.058/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques; Segunda Turma, DJe 17/11/2011; AgRg no REsp 736.971/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12/09/2008. 4. Agravo Regimental não provido. ..EMEN:
(AGA 201100674756, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:11/10/2013 ..DTPB:.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. INCIDÊNCIA SOBRE ATIVIDADES BANCÁRIAS. QUESTÃO NÃO CONHECIDA PELO ACÓRDÃO EMBARGADO (SÚMULA 7/STJ). ERESP PARA DISCUTIR APLICAÇÃO DE REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 315/STJ. RECURSO INDEFERIDO LIMINARMENTE. 1. Agravo regimental contra decisão que indeferiu liminarmente os embargos de divergência (art. 266, § 3º, do RISTJ). 2. Hipótese em que o embargante suscita dissídio jurisprudencial acerca do enquadramento de atividades por ela desenvolvidas ("taxa de manutenção de conta corrente", "taxa de manutenção de poupança" e "operações ativas") para efeito de incidência do ISS. 3. Não se conhece de embargos de divergência quando o acórdão embargado não conhece do recurso especial, e o paradigma, admitido, julga o mérito da causa. 4. Não cabem embargos de divergência para discutir a correta aplicação de regra técnica concernente ao juízo de admissibilidade do recurso especial, no caso, o óbice da Súmula 7/STJ. 5. Incidência da Súmula 315/STJ: "Não cabem embargos de divergência do âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial". 6. Agravo regimental não provido. ..EMEN:
(AEDAG 200802654945, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:10/06/2009 ..DTPB:.)

II.II – TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISSQN - Serviços bancários – Exercícios de 2004 a 2008 – Nulidade da sentença – Descabimento – Ausência de cerceamento de defesa constatada – Nulidade da CDA - Inocorrência - Título executivo que cumpre perfeitamente a finalidade pretendida no caso sub judice – Decadência – Ocorrência parcial – Inteligência do art. 150, § 4º, do CTN - Análise das imposições tributárias à luz da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03 que se impõe – Atividades denominadas "Tarifas Interbancárias", "Operações Ativas", "Renovação de Cadastro", "F5/PJ/Cadastro Giropré", "Cadastro Autobank Rede" e "Fornecimento de Talão de Cheque e Cartão Magnético" que possuem previsão legal de incidência do ISSQN - Caráter sancionatório e moratório que justifica, respectivamente, a aplicação da multa e dos juros - Sentença parcialmente reformada, para o fim de decretar-se a decadência do débito relativo ao exercício de 2005 e o afastamento da tributação sobre a atividade denominada "Rendas de Contratação" - Recurso provido em parte.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 3000300-70.2013.8.26.0125; Relator(a): Wanderley José Federighi; Comarca: Capivari; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 11/08/2016; Data de registro: 22/08/2016)

EMBARGOS INFRINGENTES. Embargos à execução fiscal. ISS. Serviços bancários. "Operações ativas". Itens 95 e 96 da lista anexa à LC 56/87. Atividade que configura prestação de serviço ao correntista, remunerado mediante tarifa e sobre o que deve incidir ISS. Serviço congênere à lista anexa. Súmula 424 do STJ. Possibilidade de interpretação extensiva. Precedentes do STJ. Embargos REJEITADOS.
(TJSP; Embargos Infringentes nº 9229613-84.2007.8.26.0000; Relator(a): Henrique Harris Júnior; Comarca: Cubatão; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/03/2016; Data de registro: 12/04/2016)

APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à execução - Município de Guaíra - ISS dos exercícios de 2003 a 2005 - Serviços bancários – Alegada nulidade da sentença - Cerceamento de defesa não verificado - Procedimento administrativo regular, com a observância do devido processo legal e ampla defesa – Legitimidade da tributação – Inteligência da Súmula 424 do STJ - Possibilidade de interpretação extensiva dos itens constantes da lista de serviços – Precedentes do STJ - Fatos geradores ocorridos à luz do Decreto-lei nº 406/68 e da Lei

Complementar nº 116/03 – COSIF 7.1.7.90.00.2 (Rendas de transferência de fundos) - Previsão expressa no item 96 do Decreto 406/608, bem como no item 15.16 da LC 116/03 - COSIF 7.1.7.70.00.8 (Rendas de serviços de custódia) e COSIF 7.1.7.70.00.3 (Rendas de outros serviços), no tocante às contas Extrato via fax; Telebanespa; Tarifa inclusão ccf; Manutenção de contas bancárias, ativas ou inativas; Tarifa recibo de saque – saque splip; Tarifa saque cartão magnético; Estudos técnicos/vistoria prévia; Estudo/análise e acomp-repasses ag e Contratação/renovação de operações ativas nºs 874.962; 874.964; 874.966 e 875.968 - Atividades que passaram a ser tributáveis com o advento da LC 116/03 - Adiantamento a depositantes e comissão flat – Taxas de desconto que não se inserem no conceito de serviço - Atividades não sujeitas ao ISS - Aplicação da Súmula nº 588 do STF - Sucumbência mínima do embargante - Inversão dos ônus sucumbenciais - Condenação da Municipalidade ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, por aplicação do art. 21, parágrafo único, do CPC - Verba honorária fixada em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º do CPC - Recurso parcialmente provido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0005367-40.2012.8.26.0210; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: Guaíra; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 05/04/2016; Data de registro: 06/04/2016)

Embargos Infringentes – ISSQN sobre Serviços Bancários –Divergência relativa à incidência tributária sobre contas "rendas de outros serviços – subcontas comissão de estudos (7.1.7.99-00-3 subconta 874542)", "taxa de análise –mutuário financeiro – crédito imobiliário (874577)", "outras rendas operacionais subconta contrat/renov operações ativas: sistema LR (875962), sistema DE (875964), sistema FJ (875966), sistema AD (875968) e sistema AD depósito DE (875965) " , e "ressarc taxas p/devol c/pagam" - Atividades não caracterizam serviços e devem também ser objeto de exclusão de incidência de ISSQN - Embargos acolhidos
(TJSP; Embargos Infringentes nº 0000852-25.2003.8.26.0291; Relator(a): Mônica Serrano; Comarca: Jaboticabal; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 25/02/2016; Data de registro: 08/03/2016; Outros números: 852252003826029150001)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Embargos à execução – ISS – Serviços bancários – Impossibilidade de tributação das contas "tarifa de recibo de saque/saque SLIP", "contratação de operações ativas" e "outras rendas não operacionais", por ausência de correlação com os serviços indicados nos itens 95 e 96 da Lista de Serviços do DL 406/68 -

Alegação de contradição - Inocorrência - Pretendida rediscussão da matéria – Impossibilidade – Não cabe, em sede de embargos de declaração, rediscutir matéria que já foi objeto de decisão – Embargos de declaração rejeitados.
(TJSP; Embargos de Declaração nº 9000248-92.2004.8.26.0090; Relator(a): Eutálio Porto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 04/02/2016; Data de registro: 04/02/2016)

Apelação Cível – Embargos à Execução Fiscal – ISS dos exercícios de 2002 a 2004 – Serviços Bancários – Débitos datados dos exercícios de 2002 e 2003 – Cabimento da interpretação extensiva da Lista de Serviços constante da Lei Complementar de nº 56/87 – Anulação dos lançamentos fiscais, referentes à cobrança das receitas decorrentes de "Tarifa sobre cheque de valor inferior compensado"; "Tarifa sobre exclusão do CCF"; "Tarifa sobre movimentação de contas correntes ativas (pessoas física e jurídica)"; "Tarifa sobre manutenção de conta corrente inativa"; "Tarifa sobre contratação de operações ativas (desconto, cheque especial e conta corrente garantida)" e de Tarifa sobre serviço sistema caixa único" – Débitos datados do exercício de 2004 – Anulação dos lançamentos fiscais, referentes à cobrança das receitas atinentes à "Tarifa sobre contratação de operações ativas (desconto, cheque especial e conta corrente garantida) – Observância do quanto determina a LC nº 116/03 – Sucumbência recíproca – Recurso parcialmente provido, nos termos do acórdão.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0004765-47.2011.8.26.0125; Relator(a): Silvana Malandrino Mollo; Comarca: Capivari; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 26/11/2015; Data de registro: 02/12/2015)

APELAÇÃO CÍVEL - Ação Anulatória - ISS - Serviços bancários. 1) Protesto de CDA - Possibilidade - Inteligência do art. 1º da Lei 9.492/97, que amplia a competência dos cartórios para protestar certidões de dívida ativa - Edição da Lei nº 12.767/12, que acrescentou o parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 9.492/12, autorizando expressamente o protesto de CDAs. 2) Serviços bancários - Lançamento efetuado à luz da LC 116/03 - Prova pericial que discriminou a natureza das atividades relacionadas às contas autuadas - Impossibilidade de tributação das contas de contratação de operação ativa - Ausência de correlação da referida conta com os serviços indicados no item 15 da Lista de Serviços da LC 116/2003. 3) Insurgência contra a cobrança de ISS com alíquota superior a 5% - Impossibilidade após a edição da LC 116/03 - Sentença parcialmente reformada -

Sucumbência recíproca - Recurso da Municipalidade improvido. Recurso do autor parcialmente provido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0017772-76.2010.8.26.0114; Relator(a): Eutálio Porto; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/11/2015; Data de registro: 19/11/2015)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - Embargos à execução fiscal - ISS sobre serviços bancários - Exercícios 1996, 1997 e 1999. 1) Preliminar de nulidade da sentença por desconsideração da prova documental e julgamento extra petita - Inocorrência. 2) Alegação de nulidade dos autos de infração e das CDAs afastada - Presunção de certeza e liquidez não ilidida - Inteligência do parágrafo único do art. 3º da Lei 6.830/80. 3) Decadência afastada - Aplicação da regra contida no art. 173, I, do CTN - Precedentes do STJ. 4) ISS - Impossibilidade de tributação das contas de "contratação de operações ativas", de "Taxa de manutenção de c/c" e de "Encargos sobre Desbloqueio" - Ausência de correlação com os serviços indicados nos itens 95 e 96 da Lista de Serviços do DL 406/68, com redação dada pela Lei 56/87. 5) Impugnação da aplicação do IPCA para correção monetária - Cobrança do tributo afastada - Exame prejudicado. 6) Inversão do ônus de sucumbência - Honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00 (valor da causa: R$ 19.260,25) - Inteligência do art. 20, § 4º, do CPC. Sentença reformada - Recurso oficial não conhecido e Recurso do embargante provido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 9000510-03.2008.8.26.0090; Relator(a): Eutálio Porto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/11/2015; Data de registro: 13/11/2015)

Embargos Infringentes – ISSQN sobre Serviços Bancários -Incidência tributária sobre "contrat/renov operações ativas" (875962), "contrat/renov operações ativas" (875964), "contrat/renov operações ativas – F" (875966), "contr. op. ativas AD dep. DE" (875965), "contrat/renovo p ativas AD" (875968)" - Atividades não caracterizam serviços e, devem também ser objeto de exclusão de incidência de ISSQN - Embargos não acolhidos
(TJSP; Embargos Infringentes nº 0011813-47.2009.8.26.0248; Relator(a): Mônica Serrano; Comarca: Indaiatuba; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 22/10/2015; Data de registro: 28/10/2015; Outros números: 11813472009826024850001)

APELAÇÃO CÍVEL - Embargos à execução fiscal - ISS sobre serviços bancários. 1) Preliminar de nulidade da sentença por desconsideração da prova pericial - Inocorrência - Órgão julgador que não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos expendidos nos autos - Observância do art. 458, II do CPC. 2) Alegação de nulidade dos autos de infração e das CDAS afastada - Presunção de certeza e liquidez não ilidida - Inteligência do parágrafo único do art. 3º da Lei 6.830/80. 3) Decadência afastada - Aplicação da regra contida no art. 173, I, do CTN - Precedentes do STJ. 4) Alegação de inconstitucionalidade de tributação do ISS sobre a prestação de serviços bancários - Inocorrência - Inteligência da Súmula 424 do STJ - Interpretação extensiva dos itens constantes da lista de serviços - Impossibilidade de tributação das contas "tarifa de recibo de saque/saque SLIP" , "contratação de operações ativas" e "outras rendas não operacionais"- Ausência de correlação com os serviços indicados nos itens 95 e 96 da Lista de Serviços do DL406/68, com redação dada pela Lei 56/87. 5) Correção monetária - Alegada atualização do tributo pelo IPCA - Legalidade. 6) Honorários advocatícios - Sucumbência recíproca - Inteligência do art. 21, do CPC. Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 9000248-92.2004.8.26.0090; Relator(a): Eutálio Porto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/09/2015; Data de registro: 23/09/2015)

APELAÇÃO – Embargos à execução – ISS bancário. Exercícios 2001 a 2004. Sentença de parcial procedência para afastar parte da exigência fiscal. Instituição financeira
Recurso do embargante - Decadência parcial. Configuração. Taxatividade da lista. Possibilidade de cobrança do tributo apenas com relação aos serviços descritos nos itens 95 e 96 da lista anexa à LC 56/87 e 15 da LC 116/03. Indevida a incidência sobre parte das receitas autuadas. Recurso parcialmente provido.
Recurso da Fazenda – Taxa de contratação de operação ativa e de desconto. Indevida a tributação. Sentença que deve ser mantida neste ponto. Recurso não provido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0123273-66.2007.8.26.0100; Relator(a): João Alberto Pezarini; Comarca: Barretos; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 27/08/2015; Data de registro: 01/09/2015)

EXECUÇÃO FISCAL Embargos - ISSQN - Serviços bancários Exercícios de 1999 e 2000 - Taxatividade da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 alterado pela Lei Complementar 56/87 - Possibilidade de interpretação extensiva, viabilizando o

enquadramento de serviços congêneres àqueles explicitamente elencados Os serviços de "tarifa sobre manutenção de contas inativas", "taxa sobre descoberto em conta corrente e excesso de limite de cheque especial", "tarifa sobre contratação de operação ativa (desconto, cheque especial e conta corrente garantida)" e "tarifa sobre exclusão do CCF", não são tributáveis, já que tais atividades não representam serviços congêneres aos elencados na referida lista Os serviços de "tarifa sobre depósito pagamento instantâneo com identificação do remetente", "tarifa sobre recibo de retirada" e "taxa sobre serviços de caixa único" são perfeitamente tributáveis, pois correspondem a serviços congêneres previstos na supramencionada lista Sentença parcialmente reformada Recursos parcialmente providos.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0562869-79.2008.8.26.0577; Relator(a): Wanderley José Federighi; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/04/2015; Data de registro: 30/04/2015)

APELAÇÃO Embargos à execução fiscal ISS, exercícios de 2000 a 2004 Alegada nulidade da CDA Inocorrência Serviços bancários Ilegalidade quanto à incidência do imposto sobre "contratação de operação ativa desconto", "contratação de operação ativa c/c garantida", "contratação de operação ativa cheque especial" e "tarifa sobre exclusão do CCF", já que tais atividades não representam serviço tributável por ISS Com relação a "movimentação de conta corrente ativa PF", "movimentação de conta corrente ativa PJ" e "manutenção de contas correntes inativas", a incidência é devida somente sob a vigência da Lei Municipal nº 1.426/03, já que tais atividades não se encontravam na lista anexa ao DL 406/68 Mantida, no mais, a incidência quanto às atividades denominadas por "tarifa sobre demonstrativo consolidado Bradesco", "tarifa sobre depósito instantâneo com identificação do remetente", "tarifa sobre serviços - 2ª via do extrato", "tarifa sobre cheque de valor inferior compensado" e "tarifa sobre recibo retirada" RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0001165-44.2012.8.26.0299; Relator(a): Rodrigues de Aguiar; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 17/10/2013; Data de registro: 22/10/2013)

Apelação. Embargos à execução fiscal. ISS. Serviços bancários. Exercícios de 2004 e 2005. Nulidade das autuações. Inocorrência. Não incidência do ISS sobre as receitas "rendas de serviços de custódia", "rendas de outros serviços" e "operações ativas, tarifas bancárias e taxa de manutenção". Taxatividade da Lista de Serviços anexa à LC 56/87. Recurso provido.

(TJSP; Recurso de Apelação nº 0244662-56.2009.8.26.0000; Relator(a): Cláudio Marques; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 05/09/2013; Data de registro: 14/09/2013; Outros números: 9764115700)

EMENTA: I - APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS. II - LISTA ANEXA À LC 116/2003 QUE PODE SER INTERPRETADA DE FORMA AMPLA E EXTENSIVA. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. III - "ADIANTAMENTO AOS DEPOSITANTES". NOVO ENTENDIMENTO DESTA CÂMARA - SERVIÇO PRESTADO PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DESCRITO NA RESOLUÇÃO N. 3.371/2007, ITEM 4.1, DO BACEN.INCIDÊNCIA DO ISS. PREVISÃO NO ITEM 15.08 DA LEI COMPLEMENTAR 116/03. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL.IV - INCIDÊNCIA DE ISSQN SOBRE AS "TARIFAS INTERBANCÁRIAS". POSSIBILIDADE. V - INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE TARIFA INTERBANCÁRIA. OPERAÇÕES ATIVAS, EMISSÃO DE CARTÃO MAGNÉTICO E FORNECIMENTO DE CHEQUE. PRECEDENTE DESSE TRIBUNAL. VI - APLICABILIDADE DA MULTA MORATÓRIA DE 40%.POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CARÁTER CONFISCATÓRIO.VII - RECURSO NÃO PROVIDO.
(TJPR - 1ª C.Cível - AC - 1557020-6 - Curitiba - Rel.: Jorge de Oliveira Vargas - Unânime - - J. 18.10.2016)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXCLUSÃO DE ISS SOBRE TARIFAS BANCÁRIAS (AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM 1999). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. FORMAL INCONFORMISMO. SOBRESTAMENTO DO FEITO.INVIABILIDADE. MÉRITO. TAXATIVIDADE IMPERA NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 56/87. INCONGRUIDADE.INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA (SÚMULA 424 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA).AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE AS OPERAÇÕES DENOMINADAS "OPERAÇÕES ATIVAS", "TAXA DE MANUTENÇÃO" E "RENDAS DE COBRANÇA". INADEQUABILIDADE. NATUREZA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AFERIDA.ARREDAMENTO DA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. COERÊNCIA. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. INCONVENIÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJPR - 2ª C.Cível - AC - 1515933-8 - Curitiba - Rel.: Guimarães da Costa - Unânime - - J. 27.09.2016)

APELAÇÃO CÍVEL. NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO E DA CDA. INOCORRÊNCIA. PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 4º DO DECRETO Nº 4.942/03 E DO ART. 202 DO CTN. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS ITENS DA LISTA ANEXA À LC 116/03. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL, DO STJ E DO STF. "TARIFA EXCESSO LIMITE"; "CONTRATAÇÃO DE OP. ATIVAS ADIANT." E "RENDAS DE OUTROS SERVIÇOS". INCIDÊNCIA DO ISS. NÃO APLICAÇÃO DO IOF. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.
(TJPR - 3ª C.Cível - AC - 1519951-2 - Curitiba - Rel.: Osvaldo Nallim Duarte - Unânime - - J. 21.06.2016)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. PLEITO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO.INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE RECOMENDAÇÃO NESSE SENTIDO. TARIFA SOBRE A EMISSÃO DE CARTÕES MAGNÉTICOS E CHEQUES. ALEGAÇÃO DE NÃO TRIBUTAÇÃO DAS ATIVIDADES-MEIO.IRRELEVÂNCIA. ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR 116/03. TARIFAS INTERBANCÁRIAS. TRIBUTO NÃO INCIDENTE.MERO REPASSE ENTRE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. TARIFA SOBRE ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES.COBRANÇA DO ISS DEVIDA. SERVIÇO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A EFETIVA CONCESSÃO DE CRÉDITO, SOBRE O QUAL INCIDE O IOF. SITUAÇÃO PREVISTA NO ITEM 15.08 DA LEI COMPLEMENTAR 116/03.OPERAÇÕES ATIVAS. COBRANÇA DO TRIBUTO CORRETA. HIPÓTESE QUE SE AMOLDA AO ITEM 15.08 DA LEI COMPLEMENTAR 116/03.REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. Recurso de apelação conhecido e parcialmente provido.
(TJPR - 3ª C.Cível - AC - 1464748-8 - Curitiba - Rel.: Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do Amaral - Unânime - - J. 08.03.2016

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL.INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE TARIFAS BANCÁRIAS.IMPROCEDÊNCIA. FORMAL INCONFORMISMO.NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPROPRIEDADE. ANÁLISE SUFICIENTE DE TODAS AS TESES EXPOSTAS PELO

EMBARGANTE, PARA A FORMAÇÃO DE CONVICÇÃO DO JULGADOR.SOBRESTAMENTO DO FEITO. INVIABILIDADE.MÉRITO. LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003 QUE, EMBORA TAXATIVA, COMPORTA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PRECENDENTES DO STJ E DESTE AREÓPAGO. SÚMULA 424 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE AS OPERAÇÕES DENOMINADAS ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES, OPERAÇÕES ATIVAS E TARIFAS INTERBANCÁRIAS. COBRANÇA DEVIDA DO ISS.ABUSIVIDADE DAS MULTAS INCIDENTES NO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPERTINÊNCIA. AUSÊNCIA DE CARÁTER CONFISCATÓRIO. CARÁTER SANCIONATÓRIO E CORRETIVO, A FIM DE EVITAR INADIMPLÊNCIAS FUTURAS. SENTENÇA MANTIDA.RECURSO NÃO PROVIDO.
(TJPR - 2ª C.Cível - AC - 1290558-3 - Curitiba - Rel.: Guimarães da Costa - Por maioria - - J. 08.03.2016)

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTOS. ISS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SERVIÇOS BANCÁRIOS. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DL Nº 406/68. Incidência de ISS sobre os serviços de operações ativas (abertura de conta), adiantamento aos depositantes e tarifas interbancárias. Impossibilidade. Incidência de ISS sobre os serviços de títulos descontados. Viabilidade. Apelo parcialmente provido. Voto vencido.
(TJRS - Apelação Cível Nº 70038183448, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Rodrigues Bossle, Julgado em 27/10/2010)

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. ISS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TARIFAS BANCÁRIOS. LEI MUNICIPAL 1943/79, COM A ALTERAÇÃO DADA PELA LEI MUNICIPAL 3656/92. DECRETO-LEI Nº 406/68. REDAÇÃO DADA PELO ARTIGO 8º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 56/87. TAXATIVIDADE. NÃO-INCIDÊNCIA NO CASO CONCRETO. O rol de serviços constante do Decreto 406/68, com a redação dada pelo artigo 8º da Lei Complementar 56/87 é taxativo, impossibilitando-se a ampliação a fim de estender a incidência do imposto a serviços não expressamente elencados. Não incidência do ISS sobre as operações de câmbio. Precedentes do STJ e TJRGS. Não incidência, no caso, o ISS sobre as tarifas de manutenção de contas inativas; contratação de operações ativas; inclusão e exclusão do CCF; manutenção de c/c varejo; contratação de Operação de Leasing; cheque depositado; cobrança desconto e adiantamento

a depositantes de encargos sobre limite. Precedentes do TJRGS, STJ e STF. Apelação provida.
(TJRS - Apelação Cível Nº 70015460165, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 08/06/2006)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ISSQN. SERVIÇOS BANCÁRIOS. LISTA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. ALCANCE DE SERVIÇOS CORRELATOS.
- A lista de serviços sujeitos ao ISSQN é taxativa, admitindo, não obstante, interpretação extensiva.
- A taxa de manutenção de contas, exigida periodicamente, se refere a serviços de expediente que compõem a infra-estrutura administrativa do Banco, inserindo-se no item 29 da lista de serviços.
- A tarifa exigida pela compensação de títulos em operações interbancárias constitui base de cálculo do Imposto Sobre Serviços, por se relacionar a serviços de recebimento, de acordo com o item 95 da lista.
- O ISS não incide sobre tarifas por operações ativas e adiantamento aos depositantes, cuidando-se de serviços acessórios à concessão de crédito, sujeita ao IOF. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0079.03.089588-6/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat , 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/10/2007, publicação da súmula em 18/12/2007)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ISS. OPERAÇÕES ATIVAS BANCÁRIAS. As operações ativas dos bancos não se sujeitam à incidência de ISS, porque, demais de não serem equivalentes, em essência, a nenhuma das categorias textualizadas nos itens 95 e 96 da lista anexa ao Decreto-lei nº 406, de 1968, são apenas atividades acessórias de operações de crédito já submetidas a tributação federal. Provimento da apelação da embargante.
(TJSP, Recurso de Apelação nº 90997573320088260000, 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Relator: Ricardo Dip; Publicado em 27/05/2014)

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL ISS Operações bancárias Pretensão voltada à anulação das CDAs Cabimento O entendimento perfilhado pela jurisprudência é de que "as operações ativas dos bancos não se sujeitam à incidência do ISS, porque, demais de não serem equivalentes, em essência, a nenhuma das categorias textualizadas nos itens 95 e 96 da lista anexa ao Decreto-lei n. 406, de 1968, são apenas atividades acessórias de

operações de crédito já submetidas a tributação federal" No mesmo sentido, as receitas operacionais que envolvem o ressarcimento de despesas e encargos não constituem fato gerador do ISS, por representarem mera compensação, que não se confunde com a prestação de qualquer serviço, específico ou congênere, da lista de serviços aplicável à espécie Sentença de improcedência Decisório que merece subsistir Recurso improvido.
(TJSP, Recurso de Apelação nº 01579552220088260000, 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Relator: Paulo Dimas Mascaretti; Publicado em 28/08/2014)

ANEXO V – OPERAÇÕES COM O BNDES

I. TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

ISS SERVIÇOS BANCÁRIOS – CORRETA FUNDAMENTAÇÃO E DISCRIMINAÇÃO DA ATIVIDADE TRIBUTADA – PRESENÇA DE ELEMENTOS ESSENCIAIS DO AUTO DE INFRAÇÃO – AUSÊNCIA DE NULIDADE – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO NAS CONTAS AUTUADAS – APLICAÇÃO DO ARTIGO 173, I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - DECADÊNCIA NÃO VERIFICADA – ADESÃO AO PROGRAMA DE PARCELAMENTO INCENTIVADO - HOMOLOGAÇÃO DA DESISTÊNCIA EM RELAÇÃO AOS AUTOS DE INFRAÇÃO INCLUÍDOS NO PPI – RESSARCIMENTOS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA DEDUÇÃO DE REEMBOLSO – BASE DE CÁLCULO CORRESPONDE AO PREÇO DO SERVIÇO, SENDO QUE OS CUSTOS COMPÕE O PREÇO – RECEITAS COM EDIÇÃO E ALTERAÇÃO DE CONTRATO DE CÂMBIO – RECEITAS COM CADASTRO - SERVIÇOS AUTONÔMOS E PREVISTOS NA LISTA DE SERVIÇOS – BNDES – FIANÇA – AVAL - COMISSÃO PELA GARANTIA PRESTADA – ENQUADRAMENTO NO ITEM 15.08 DA LISTA DE SERVIÇOS – MULTA E ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS – ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO – INTELIGÊNCIA DO ART. 53, § ÚNICO DA LEI Nº 14.107/2005 – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
(Conselho de Contribuintes do Município de São Paulo; Recurso Ordinário nº 2014-0.261.072-2; 1ª Câmara Julgadora; Relator: Conselheiro Ana Aparecida Sampaio Manzutti; Sessão do dia 03 de dezembro de 2015)

ISS – INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS O ISS não incide sobre os serviços de agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos quaisquer executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central (CTMRJ, art. 8º, inciso XLVI). Recurso de ofício improvido. Decisão unânime. O ISS incide sobre os serviços de agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis ou imóveis não abrangidos nos incisos XLV, XLVI, XLVII e XLVIII do art. 8º do CTMRJ. Recurso voluntário improvido. Decisão unânime.

(...)

No caso dos autos, todas as receitas resultam de serviços previstos no inciso L, que se refere a "agenciamento, corretagem, ou intermediação de bens móveis ou imóveis não abrangidos nos incisos XLV, XLVI, XLVII E XLVIII" A instituição financeira situa-se entre o BNDES ou o FINAME e o tomador de recursos. Sobre as parcelas financiadas incidem juros e correção monetária, devidos ao real detentor dos recursos liberados (BNDES OU FINAME) e comissões, devidas ao agente (a instituição financeira), estas sim sujeitas ao ISS. A comissão "del credere" confirma a posição de intermediário da instituição financeira.

Do mesmo modo, em relação aos empréstimos externos realizados nos termos da Resolução 63, o MNI – Manual de Normas Internas do Banco Central permite que a instituição repassadora do empréstimo cobre ao beneficiário da operação, além do principal, juros e acessórios, o imposto sobre operações financeiras e uma comissão pelo repasse. Caracterizadas, assim, como provenientes de prestações de serviços tributados as receitas apuradas nas contas COMISSÕES, portanto sujeitas ao ISS, voto pelo IMPROVIMENTO do recurso voluntário.

(Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro; Processo nº 04/378.006/97;Acórdão nº 7.505; Recursos voluntário e "ex-officio" nº 5.806; Relator: Conselheiro Fernando da Costa Guimarães; Sessão do dia 05 de dezembro de 2002)

AUTO DE INFRAÇÃO – NULIDADE A falta de indicação dos incisos da lista de serviços não é causa de nulidade do auto de infração, quando seu teor e o dos quadros demonstrativos anexos identifiquem os fatos e valores tributados. Preliminar rejeitada. Decisão unânime. ISS – PEDIDO DE PERÍCIA Somente em casos excepcionais, plenamente justificados, se acolhe pedido de perícia não formulado por ocasião da impugnação do lançamento. Pedido indeferido. Decisão unânime. ISS – DECADÊNCIA Lavrado auto de infração dentro do prazo legal, não gera decadência a decisão de primeira instância que dá aos fatos capitulação diversa mais adequada. Preliminar rejeitada. Decisão unânime. ISS - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS Serviços previstos nas listas de serviços tributados sujeitam-se ao ISS,

ainda que prestados por instituições financeiras. Recurso Voluntário improvido. Decisão unânime. ISS - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS Anteriormente à vigência da Lei nº 2.277/94, os serviços de agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos, quando prestados por instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central, não se sujeitavam ao ISS. ISS – INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS Cabe excluir do lançamento receitas que não evidenciem a prestação de serviços tributados. Recurso de Ofício improvido. Decisão unânime. (...) E, realmente, as contas indicadas no quadro demonstrativo retratam serviços sujeitos à tributação municipal, conforme demonstra a decisão singular. As contas COM E IND – REPASSES BNDES, O AT – REPASSES BNDES e DEL CREDERE – REPASSES BNDES registram comissões pelo serviço que o banco executa, quando repassa os recursos do BNDES para os tomadores, classificando-se no inciso L da lista de serviços vigente na data da ocorrência dos fatos geradores e definidos com,o de "agenciamento, corretagem e intermediação de bens móveis e imóveis não abrangidos nos itens XLV, XLVI, XLVII e XLVIII".
(Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro; Processo nº 04/378.633/1996;Acórdão nº 8.504; Recursos voluntário e "ex-officio" nº 5.961; Relator: Conselheiro Fernando da Costa Guimarães; Sessão do dia 10 de novembro de 2005)

II. TRIBUNAIS JUDICIAIS

II.I – TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. COMISSÃO DE REPASSE. FINAME. BNDES. NÃO INCIDÊNCIA. EXTENSÃO INDEVIDA. 1 - O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento, em sede de recurso especial repetitivo, pela sistemática do art. 543-C do CPC/73, no sentido de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, para efeito de incidência de ISS; porém admite-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres. Precedente: REsp 1.111.234 / PR, Ministra Relatora ELIANA CALMON, Primeira Seção, DJe 08/10/2009. 2 - O valor cobrado pelo FINAME, empresa pública federal vinculada ao BNDES, para repassar o dinheiro ao benefíciário do financiamento concedido, caracteriza-se como comissão de repasse e, por via de consequência, é encargo financeiro, não tributável pelo ISS. Aplicação análoga da

Súmula 588 do Supremo Tribunal Federal, 3 - Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada.
(TRF02 – Mandado de Segurança nº 0025033-76.2007.4.02.5101; Órgão julgador: 3ª TURMA ESPECIALIZADA; Data de decisão 06/12/2016; Data de disponibilização 13/12/2016; Relator: GERALDINE PINTO VITAL DE CASTRO)

II.II. TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Apelações. Embargos a execução fiscal. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Exercícios de 1999 a 2003. Instituição financeira. Não incidência do tributo sobre rendas provenientes da prestação de alguns dos serviços. Taxatividade da lista anexa ao Decreto-lei 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar 56/87. Possibilidade de cobrança apenas no que entende com os serviços previstos nos itens 95 e 96 da referida lista. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Recursos parcialmente providos.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0003005-47.2007.8.26.0596, Relator: Geraldo Xavier, Data de Julgamento: 12/03/2015, 14ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/03/2015)

APELAÇÃO EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL ISS, anos de 1999 a 2001 Cuidando-se de questão de direito, desnecessária prova pericial, especialmente se já há a regular prova técnica emprestada Comissão recebida pelo repasse de crédito oriundo do FINAME Fato não enquadrável em item da lista de serviços tributáveis com ISS, pois se trata de operação de crédito, sendo fato gerador de IOF RECURSO PROVIDO para acolher os embargos e extinguir a execução.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0196420-32.2010.8.26.0000 Relator(a): Rodrigues de Aguiar; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 09/10/2014; Data de registro: 14/10/2014)

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO - ORDINÁRIA - ISS, anos de 1999 a 2001 - Atividades desenvolvidas por instituição financeira no programa FINAME - Incidência de ISS indevida - A atividade do banco não é serviço, mas sim operação de crédito - REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO IMPROVIDOS
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0019649-16.2005.8.26.0053; Relator(a): Rodrigues de Aguiar; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 20/01/2011; Data de registro: 16/02/2011; Outros números: 990104595630)

EMBARGOS INFRINGENTES Ação Ordinária ISS Serviços bancários ?Rendas de empréstimos comissão de abertura de crédito?, ?Rendas de títulos descontados comissão de permanência sob títulos descontados?, ?Rendas de financiamento FINAME comissão del credere?, ?Rendas de financiamento POC comissão del credere? e ?Rendas de garantias prestadas rendas de avais e fianças? Ilegalidade da tributação por ISS sobre tais contas, já que não representam prestação de serviço Auto de infração anulado nesse ponto EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.
(TJSP; Embargos Infringentes nº 9167136-25.2007.8.26.0000; Relator(a): Rodrigues de Aguiar; Comarca: São Carlos; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 02/06/2011; Data de registro: 22/06/2011)

APELAÇÃO – Ação Anulatória de Débito Fiscal – ISS – Serviços Bancários – Receitas decorrentes de operações de crédito. Serviços não tributáveis. Recurso não provido. (...)
"Por sua vez, na conta 50.79.10-1(Taxas Finame/BNDES) a autora atua como "agente financeiro da FINAME", assumindo os riscos das operações que contratar com os particulares, os quais buscam crédito com a finalidade, entre outras, de financiar compra de máquinas e equipamentos industriais.
Não há, portanto, no caso em tela, serviço passível de incidência de ISS, ainda que interpretados sob a ótica da referida Súmula n° 424, do Superior Tribunal de Justiça."
(Recurso de Apelação: 0006618-81.2009.8.26.0248; Relator(a): Cláudio Marques; Comarca: Indaiatuba; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 17/03/2016; Data de registro: 07/04/2016)

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ISSQN - SERVIÇOS BANCÁRIOS - DECRETO LEI Nº 406/68 - LISTA DE SERVIÇOS - TAXATIVIDADE - SERVIÇOS ACESSÓRIOS - NÃO COMPROVAÇÃO - MANUTENÇÃO DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - MULTA ISOLADA - DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1 - A lista anexa ao Decreto-Lei n.º 406/68, com a redação conferida pela Lei Complementar n.º 86/97 é taxativa, sendo vedada sua ampliação, não sendo abrangidos pela lista os serviços bancários nela não especificados. 2 - Embora, em tese, não deva incidir ISSQN sobre os serviços acessórios prestados pelas instituições financeiras, por não possuírem caráter autônomo, sendo executados na intenção de viabilizar o implemento de suas atividades precípuas, é de serem mantidas as exigências fiscais

consubstanciadas na certidão de dívida ativa ante a falta de prova da verdadeira natureza dos serviços, mormente se sua descrição aponta no sentido de serem serviços eminentemente bancários. (..) A conta de"rendas de financiamento/Finame comissão Del Credere e Rendas de Financiamento/POC Comissão Del Credere, referem-se à captação de recursos v.g. pelos agentes financeiros do BNDES, que são repassados em condições especiais aos tomadores do crédito, clientes do Embargante, de acordo com os programas de incentivo mantidos por aquela instituição (BNDES)". (g.n.)
(TJ-MG 106720621613080011 MG 1.0672.06.216130-8/001(1), Relator: TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, Data de Julgamento: 04/02/2010, Data de Publicação: 13/04/2010)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. DL 406/68. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA PELA LC 56/87. INTERPRETAÇÃO AMPLA E ANALÓGICA. INCIDÊNCIA NOS SERVIÇOS DENOMINADOS COMO RENDAS DE ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES -TARIFA , RENDAS EMPRÉSTIMOS COMERCIAL - ABERTURA DE CRÉDITO , RENDAS FINAME COMISSÃO DEL CREDERE , RENDAS FINANCIAMENTO COMERCIAL - ABERTURA DE CRÉDITO , E RENDAS OUTROS SERVIÇOS - OUTRAS RENDAS , QUE CONSTAM DOS AUTOS DE INFRAÇÃO MUNICIPAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a lista de serviços, anexa ao DL 406/68 pela LC 56/87, sobre os quais incide o ISS é taxativa, mas com a ressalva de que os itens nela constantes comportam interpretação ampla e analógica para abranger espécies de mesma natureza, independendo a nomenclatura do serviço fornecido.
(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 20020050193990001, 2ª Câmara Cível, Relator Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti , j. em 02-09-2008)

ANEXO VI – RENDAS DE GARANTIAS PRESTADAS

I. TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

ISS. BANCO. NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO – NÃO CONSTATAÇÃO – NÃO ACATAMENTO. Os autos de infração contêm todos os requisitos exigidos pelo art.

11 da Lei nº 14.107, de 12 de dezembro de 2005, e fazem referência ao PA nº 2011-0.071.763-0, ao qual a Recorrente poderia ter dado vista. DECADÊNCIA Afastada a decadência prevista no artigo 150, § 4º, do CTN pela ausência de pagamento antecipado do ISS sobre as contas COSIF autuadas – aplicação do artigo 173, I, do CTN. RENDAS DE ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES O serviço foi prestado, contratado, cobrado e contabilizado autonomamente e estava expressamente previsto na lista de serviços. RENDAS GARANTIAS PRESTADAS Natureza jurídica de serviço. Cobrança de tarifa em razão de contratação de aval, fiança, anuência e congêneres. Enquadramento das receitas da conta COSIF 7.1.9.70.00-9020 no item 15.08 da lista de serviços do artigo 1º da Lei nº 13.701/03. Prestação de serviço com natureza de atividade fim praticada pelo banco. REPASSE BNDES e FINAME As contas Repasse Finame e Repasse BNDES registram receitas relativas ao serviço de garantia do crédito, retribuído pela COMISSÃO DEL CREDERE como congênere à contratação de aval e fiança e expressamente previsto como tributado pelo ISS no item 15.08 da Lei Complementar 116/2003. TARIFAS INTERBANCÁRIAS A base de cálculo do ISS é o preço do serviço, sendo que os custos compõem o preço, exclusões são expressamente previstas pela legislação – inteligência do artigo 7º, da LC 116/03 e do artigo 14, da Lei Municipal 13.701/03 – Ressarcimentos indicados pela recorrente não estão no rol de exceções. OUTRAS RENDAS OPERACIONAIS – CONTRATOS FIRMADOS COM A MONEYGRAM A MoneyGram possui contrato com a recorrente para realizar a transferência internacional de recursos ao Brasil, o que demonstra que as receitas auferidas decorrem da prestação de serviços de câmbio realizados pela recorrente no Brasil, sendo remunerada por isso. A recorrente recebe recursos do exterior para entregá-los no Brasil, não se caracterizando a exportação de serviços, conforme parágrafo único do art. 2º, I da Lei Complementar. OUTRAS RENDAS OPERACIONAIS – ALEGAÇÃO DE EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS Não há prova de que se trata de exportação de serviços. RENDAS DE ARRENDAMENTO Não há previsão legal para a dedução de qualquer valor da base de cálculo do tributo para este caso e, mesmo que fosse possível tal dedução, não está provado no processo se na presente conta está lançada a totalidade do valor do bem ou apenas a remuneração da operação. AII 6.634.847-1 – ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO – EQUÍVOCO NO PREENCHIMENTO DA DIF O pagamento deste auto encontra-se devidamente comprovado, razão pela qual deve ser cancelado. MULTAS Sendo o ISS devido, também o são as multas. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E PARCIALMENTE PROVIDO.

(Conselho de Contribuintes do Município de São Paulo; Recurso Ordinário nº 2012-0.170.297-2; 3ª Câmara Julgadora; Relator: Conselheira Sheila Cristina Tâmbara; Sessão do dia 10 de outubro de 2012)

EMENTA: ISSQN – TVF/AITI – QUALIFICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO – CONTRATO DE FIANÇA BANCÁRIA – CRITÉRIO DE SUBSUNÇÃO DO SERVIÇO PRESTADO À HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA – ENQUADRAMENTO NO SUBITEM 15.08 DA LISTA DE SERVIÇOS – MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

No contrato de fiança, a relação jurídica estabelecida entre o fiador e o afiançado, ou devedor, consiste em uma obrigação de fazer, haja vista caracterizar-se pela obrigação do fiador em substituir o devedor, honrando o pagamento assumido. Em se tratando de concessão de aval ou fiança bancária, incide sobre este serviço o tributo municipal previsto na Lei Complementar nº 116/03, e o posicionamento quanto à natureza da obrigação jurídica discutida é o mesmo adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por meio de sua 6ª Câmara Cível, na Apelação Cível n.º 1.0024.04.355.031-8/002, sendo Relator o Des. Edilson Fernandes: "O ISSQN incide sobre os serviços bancários de contratação de aval ou fiança, porquanto tais atividades se encontram relacionadas no item 15.08 da Lei Complementar 116/03 e configuram um fazer em benefício do cliente, que paga pela garantia prestada pela instituição financeira a terceiro".

- No caso, o Recorrente, em seu site na internet, descreve a operação de fiança como "um compromisso contratual pelo qual o Banco garante, como fiador, o cumprimento de obrigações de seus clientes perante terceiros", mediante uma comissão cobrada trimestral e antecipadamente, que vem a ser a remuneração cobrada pelo Recorrente para a assunção dos riscos financeiros. Os referidos valores cobrados foram computados na subconta 7.1.9.70.00-4, que tem como função, conforme orientação do COSIF, o registro das "rendas de garantias prestadas que constituam receita efetiva da instituição, no período". Uma vez que as referidas comissões remuneram os serviços bancários realizados em favor do afiançado, revela-se juridicamente adequada a qualificação conferida pela Fazenda Pública aos serviços prestados, corretamente subsumidos no subitem 15.08 da listagem anexa à Lei Municipal n° 8.725/2003.

- Recurso Voluntário a que se nega provimento.

(CART-BH - Conselho Administrativo de Recursos Tributários; Processo nº: 01-058.392/13-93; Acórdão nº: 9.987; Processo nº: 01-058.392/13-93; 2ª Câmara; Relator: Alexandre Freitas Costa; Data da publicação: 23/05/2015)

I. TRIBUNAIS JUDICIAIS

I.I. TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – Alegada omissão – Ocorrência – Consequência manifestação de mérito – ISS – Operação de fiança, aval e congêneres – Ausência de serviço apto a justificar a incidência de ISS – Precedente desta Corte e Doutrina – Embargos acolhidos para conceder a segurança. Em suma, pretende o embargante afastar futura incidência de ISS sobre a receita gerada pela prestação de fiança, aval e outras garantias congêneres. Entre outras, alega o embargante ilegalidade da Lei Municipal 13.701/03 na parte que permite a incidência de ISS na operação de: "Emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos a abertura de crédito, para quaisquer fins". Esse texto é repetido no item 15.08 da LC 116/2003. Ora, as atividades de fiança, aval e garantias congêneres podem ser caracterizadas como obrigação de dar, já que o devedor se compromete à entrega de algo preexistente. Por outro lado, na obrigação de fazer, executa-se algo até então inexistente. Com efeito, depreende-se do artigo 818 do CC/02 que uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não cumpra. No aval, o avalista assegura o pagamento de um título, em benefício do devedor principal, ou de um co-obrigado. Percebe-se, portanto, que em ambos os negócios jurídicos há a eventual transferência de recursos do garantidor (fiador ou avalista) para o garantido. Assim, a receita resultante de aval, fiança e congêneres não pode ser objeto de incidência de ISS, motivo pelo qual o item constante da lei municipal aludida e o item 15.08 do artigo 1º da lista anexa à LC 116/03 não podem ser, validamente, aplicados pela Municipalidade vistas à exigência de ISS do impetrante. Interpretação em sentido contrário violaria o artigo 110 do CTN, pois descabe ao legislador infraconstitucional modificar o conceito, conteúdo e abrangência de institutos, definições e formas de direito privado (...)

(TJSP; Embargos de Declaração nº 994.05.027335-1/50001; Rel. Rodrigues de Aguiar; 15ª Câmara de Direito Público; Dj 13/05/2010; DJU 14/10/2010)

MANDADO DE SEGURANÇA - ISS - Exercício de 2004 - Município de São Paulo - Prestação de fiança, aval e congêneres - Tributação com base no item 25.08 da LC n" 116/03 e da Lei Municipal n° 13.701/03 - Constitucionalidade declarada pelo C. Órgão Especial deste E. TJSP - Verificação da natureza dos serviços, ademais, que demanda dilação probatória, incabível neste writ - Sentença mantida - Apelo improvido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 9038915-92.2005.8.26.0000; Relator(a): Silva Russo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 24/03/2011; Data de registro: 17/05/2011; Outros números: 994050272657)

APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISS, exercícios de 2001 a 2004 – Município de São Paulo – Alegada nulidade dos autos de infração e das Certidões de Dívida Ativa – Não ocorrência, eis que não demonstrado prejuízo à defesa do contribuinte – Alegada conexão de demandas – Não cabimento – A reunião de feitos por conexão configura mera faculdade atribuída ao julgador – Precedente do E. STJ – Preliminares rejeitadas – Serviços bancários
Atividades oriundas de "Rendas Garantias Prestadas" são fato gerador de ISS, conforme já decidido pelo Órgão Especial deste E. Tribunal – Embargos julgados improcedentes – RECURSO IMPROVIDO.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 9000243-02.2006.8.26.0090; Relator(a): Rodrigues de Aguiar; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/11/2016; Data de registro: 30/11/2016)

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES – AÇÃO ORDINÁRIA – ISS, exercícios de 1998 a 2003 – Município de São Paulo – Serviços bancários – Rendas de operação de câmbio – Ilegalidade da incidência de ISS – Outras rendas operacionais – Rendas que não se referem a prestação de serviços, sendo ilegal a tributação por ISS – Serviços prestados que consistem em atividades-meio para a prestação de serviços bancários – No mais, as atividades oriundas de "Rendas Garantias Prestadas" são fato gerador de ISS, conforme já decidido pelo Órgão Especial deste E. Tribunal – Honorários advocatícios: condenação mantida em R$ 10.000,00, posto que o valor foi fixado por equidade, em obediência ao disposto nos §§3º e 4º do art. 20 do CPC – Sentença reformada em parte para julgar

parcialmente procedente a ação – REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDOS – RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0120428-71.2008.8.26.0053; Relator(a): Rodrigues de Aguiar; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/09/2015; Data de registro: 18/09/2015)

ISS. Contratação de aval e fiança. Instituição que cobra comissão para prestar o serviço. Obrigação de fazer, que não envolvo, por si, operação financeira. Legitimidade do município para tributar o serviço. Constitucionalidade do item 15.08, do art. 1º da lei municipal n. 13.701/03 já reconhecida pelo col. órgão especial. Recurso desprovido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0161230-47.2006.8.26.0000; Relator(a): Carvalho Viana; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/02/2012; Data de registro: 08/02/2012; Outros números: 5584705700)

APELAÇÃO CÍVEL Ação Anulatória ? ISS Serviços bancários. 1) Agravo Regimental Decisão do Relator que indeferiu tutela antecipada para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário Auto de Infração que não diz respeito ao objeto da Ação Anulatória - Inexistência de previsão de recurso a ser manejado contra decisão monocrática do Relator. Agravo regimental não conhecido. 2) Agravo retido Alegação de decadência - Aplicação da regra contida no art. 173, I, do CTN Auto de infração lavrado em 11/12/2003. Decadência afastada. Agravo retido improvido. 3) Alegação de nulidade dos autos de infração. Inocorrência. 4) Atividades bancárias Prova pericial que discriminou a natureza das atividades relacionadas às contas autuadas. Impossibilidade de tributação das contas referentes ao ressarcimento de encargos e despesas e rendas de comissão de fiança e aval Impossibilidade de tributação sob a égide do Decreto-Lei 406/68. Possibilidade de tributação das contas COSIF 7.1.7.99.00-3, por tratar-se de serviços bancários - Possibilidade de interpretação da lista de serviços. 5) Impossibilidade da decisão abarcar exercícios futuros Ratio essendi da Súmula 239 do STF Sucumbência recíproca - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido.
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0024814-44.2005.8.26.0053; Relator(a): Eutálio Porto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 19/05/2011; Data de registro: 24/05/2011)

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, § 3°, do CPC - Imposto incidente sobre valores recebidos a titulo 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
(TJSP; Recurso de Apelação nº 0197170-05.2008.8.26.0000; Relator(a): Gonçalves Rostey; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 26/03/2009; Data de registro: 15/06/2009; Outros números: 7572765200)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ISS - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS - AUTO DE INFRAÇÃO - TRIBUTAÇÃO SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS - NÃO INCIDÊNCIA SOBRE A OPERAÇÃO DE "ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES" - INCIDÊNCIA SOBRE OS SERVIÇOS DE "RENDAS DE FINANCIAMENTO", "RENDAS DE EMPRÉSTIMOS", "RECUPERAÇÃO DE ENCARGOS E DESPESAS", "RENDAS DE GARANTIAS PRESTADAS" E "RENDAS DE CRÉDITO POR AVAIS E FIANÇAS HONRADOS" - FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA QUANTO A INCIDÊNCIA SOBRE AS RUBRICAS "OUTRAS RENDAS OPERACIONAIS" E "RENDAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS" - ALÍQUOTA DE 5% - PREVISÃO LEGAL - MULTA - LEI MUNICIPAL QUE A PREVÊ, EXPRESSAMENTE, EM 70% DO VALOR DO TRIBUTO - AUSÊNCIA DE CARÁTER DE CONFISCO - PRECEDENTES - MULTA E JUROS MORATÓRIOS - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - TERMO INICIAL DOS JUROS - DATA DO INADIMPLEMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
(TJPR - 1ª C.Cível - AC - 1300482-9 - Faxinal - Rel.: Renato Braga Bettega - Unânime - - J. 27.01.2015)

(TJ-PR - APL: 13004829 PR 1300482-9 (Acórdão), Relator: Renato Braga Bettega, Data de Julgamento: 27/01/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1501 05/02/2015)
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ISS. NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO. RECONHECIDA. TARIFAS BANCÁRIAS.

LEI MUNICIPAL Nº 3.694/03 DO MUNICÍPIO DE ERECHIM. ITENS 15.02 A 15.18 DA LEI COMPLEMENTAR 116/2003. TAXATIVIDADE. POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. NÃO-INCIDÊNCIA NO CASO CONCRETO. O rol de serviços constantes do nos itens 15.02 a 15.18 da Lei Complementar 116/2003, é taxativo, permitindo, contudo, interpretação extensiva. Resp 1.111.234. Art. 543-C do CPC. Precedentes do STJ e TJRGS. Não incidência, no caso, de ISS sobre as tarifas referentes às operações de crédito, decorrentes de rendas de adiantamento a depositantes e rendas de garantias prestadas, com base na Lei Municipal nº 3.694/03 do Município de Erechim. Precedentes do TJRGS, STJ e STF. Apelação com seguimento negado.
(TJRS - Apelação Cível Nº 70053674255, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 03/04/2013)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. DECADÊNCIA. PAGAMENTO PARCIAL. ART. 150, §4º, CTN. SERVIÇOS BANCÁRIOS. ROL DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA OU ANALOGIA. POSSILIBIDADE. PRECEDENTES DO STJ. LISTAS DE SERVIÇOS BANCÁRIOS. ANÁLISE PORMENORIZADA DAS RUBRICAS. ADIANTAMENTO DE RECURSOS A DEPOSITANTE. CONTRATAÇÃO DE AVAL. PROVIMENTO PARCIAL.
- Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, e tendo havido pagamento parcial, aplica-se a regra do art. 150, § 4º, do CTN, contando-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador. Na espécie, intimado o executado da autuação fiscal em março de 2009, reconhece-se a decadência dos créditos controvertidos entre maio de 2003 e março de 2004.
- No âmbito do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN -, o rol de serviços tributáveis elencados no anexo da Lei Complementar nº 116/03 é passível de interpretação extensiva ou por analogia. Precedente do STJ sob o regime dos recursos repetitivos.
- Analisadas pormenorizadamente cada uma das rubricas objeto da controvérsia, conclui-se que os rendimentos de adiantamento a depositante não constituem prestação de serviço, mas fornecimento de crédito, e por isto, não podem ser tributados pelo ISSQN, e que as garantias fornecidas a terceiros - aval e fiança - estão expressamente previstos no item 15.08 da lista anexa à lei complementar, sendo devido o imposto.

(TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0105.11.016047-7/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/04/2016, publicação da súmula em 04/05/2016)