



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*

HELMAX SAMIR RIBEIRO DE ALBUQUERQUE

**LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003 – ISS SOBRE
SERVIÇOS BANCÁRIOS – CONSTITUCIONALIDADE**

Brasília
2008

HELMAX SAMIR RIBEIRO DE ALBUQUERQUE

LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003 – ISS SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS – CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Orientadora: Prof.^a Inês Porto

Brasília
2008

FICHA CATALOGRÁFICA

Albuquerque, Helmax Samir Ribeiro de

Lei Complementar nº 116/2003 – ISS sobre Serviços Bancários –
Constitucionalidade / Helmax Samir Ribeiro de Albuquerque.-- Brasília [S.n], 2008.

43 f.

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialista em Direito Tributário e
Finanças Públicas, no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

1. **xxxxxx palavras-chave**. I. Título.

CDU- XXX.XX

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, sem permissão expressa do Autor. (Artigo 184 do Código Penal Brasileiro, com a nova redação dada pela Lei n.º 8.635, de 16-03-1993).

HELMAX SAMIR RIBEIRO DE ALBUQUERQUE

**LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003 – ISS SOBRE
SERVIÇOS BANCÁRIOS – CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora

Inês Porto

Orientadora

Instituto Brasiliense de Direito Publico – IDP

Examinador

Instituto Brasiliense de Direito Publico – IDP

Examinadora

Instituto Brasiliense de Direito Publico – IDP

RESUMO

O presente trabalho vem expor considerações acerca da discussão doutrinária sobre a constitucionalidade da cobrança do ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza nas atividades das instituições financeiras. O entendimento da doutrina abalizada é pela inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 116/2003, enquanto subsistir na lista de serviços tributáveis daquele diploma legal a discriminação de atividades eminentemente bancárias, sujeitas exclusivamente à incidência do imposto sobre operações financeiras, de competência da União. A alegação para tanto está em que os serviços previstos na citada lei são atividades meio para execução das operações bancárias, não devendo ser tributadas pelo ISS, porquanto invade o campo de incidência do IOF. No entanto, o confronto das características fundamentais do ISS e do IOF demonstrará a inexistência de conflito de incidência entre esses impostos, levando em conta as hipóteses de incidência, os contribuintes e principalmente as bases de cálculo de cada um deles. Com a inexistência de invasão de competência tributária, restará refutada a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 116/2003, no que se refere a incidência do ISS sobre as receitas auferidas pelas instituições financeiras.

Palavras-chave: ISS. Serviços Bancários.

ABSTRACT

The present work displays considerations about the doctrinal quarrel on the constitutionality collection of ISS – Tax above Services of Any Nature in activities of the financial institutions. The agreement of the appraised doctrine is for the unconstitutionality of the Complementary Law # 116/2003, that while exist in the list of taxable services of that statute the discrimination of activities that are eminently of the responsibility of bank institutions, subjected exclusively to the incidence of the tax on financial operations, are responsibility of the Federal State. The allegation is that the services foreseen in the cited law are ways to execute banking transactions, not needing to be taxed by the ISS, because it invades the field of incidence of the IOF. However, the confrontation of the basic characteristics of the ISS and the IOF will demonstrate to the inexistence of conflict of incidence between these taxes, leading in account the hypotheses of incidence, that the contributors and mainly the taxable incomes of each one of them. With the inexistence of ability invasion tax, it will be moved away to unconstitutionality from Complementary Law # 166/2003, with respect to incidence of the ISS on prescriptions gained for the financial institutions

Key-word: ISS. Bank Services.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I	10
1. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA	10
1.1 Definição	10
1.2 Competência privativa da União, dos Estados e dos Municípios	11
1.3 Competência tributária da União para instituir o IOF.....	12
1.4 Competência tributária dos municípios para cobrança do ISS.....	12
1.5 Caráter declaratório e, portanto, retroativo, da definição dos serviços pela lei complementar e a autonomia municipal	13
CAPÍTULO II	15
2 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ISS	15
2.1 Autorização Constitucional da hipótese de incidência do ISS.....	15
2.2 Características dos serviços tributáveis	15
2.3 A hipótese de incidência do ISS posta pelo ordenamento jurídico.....	16
2.4 Contribuintes do ISS	18
2.5 Da base de cálculo do ISS	18
2.6 Taxatividade da Lista de Serviços.....	19
CAPÍTULO III	21
3 ISS SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS: POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	21
3.1 Invasão da competência tributária da União	21
3.2 Jurisprudência	22
CAPÍTULO IV	24
4 A INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE OS SERVIÇOS RELACIONADOS AO SETOR FINANCEIRO	24
4.1 Histórico	24
4.2 As hipóteses de incidência do ISS relacionadas às atividades bancárias segundo a LC 116/2003	25
CAPÍTULO V	28

5 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO IOF – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGURO E AS RELATIVAS A TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS	28
5.1 Autorização constitucional das hipóteses de incidência do IOF	28
5.2 As hipóteses de incidência do IOF no ordenamento jurídico	28
5.2.1 Operações de crédito	28
5.2.2 Operações de câmbio	29
5.2.3 Operações de seguro	30
5.2.4 Operações com títulos ou valores mobiliários	30
5.2.5 Operações com Ouro ativo financeiro ou instrumento cambial	31
CAPÍTULO VI	32
6 CONFLITO DE INCIDÊNCIA ENTRE ISS E IOF	32
6.1 Aparente conflito entre ISS e IOF	32
6.2 Contratos de prestação de serviços	32
6.3 Comparação dos serviços bancários tributáveis pelo ISS com as operações financeiras	33
CAPÍTULO VII	38
7 CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE ISS SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS E FINANCEIROS	38
7.1 Descaracterização da invasão da competência tributária da União pelos Municípios e Distrito Federal	38
7.2 Ausência de inconstitucionalidade da cobrança do ISS sobre os serviços bancários e financeiros	38
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

A publicação da Lei Complementar Federal n. 116/2003 – lei de normas gerais do ISS – revigorou os embates entre os contribuintes e os fiscos municipais, sejam no âmbito do procedimento administrativo seja no processo judicial.

Com a atualização da lista de serviços sujeitos ao ISS, trazida em anexo à LC 116, houve significativo incremento às hipóteses de incidência daquele imposto, com vistas a atender inúmeras reivindicações por parte dos Municípios e Distrito Federal, ávidos em aumentar a arrecadação fiscal em seus territórios.

Em contrapartida, a majoração da lista de serviços tributáveis pelo ISS fez eclodir entre os contribuintes o sentimento de abuso de tributação, inconformados com o aumento da carga tributária que passaram a sofrer.

Nesse contexto, se levantaram vozes autorizadas pugnando pela inconstitucionalidade da citada LC, notadamente no que se refere ao alcance do ISS às receitas provenientes das atividades das instituições financeiras, por tratar-se de invasão de competência tributária por parte dos Municípios e Distrito Federal na competência exclusiva da União para instituir impostos incidentes sobre as operações financeiras.

No presente trabalho teremos a modesta pretensão – mas não menos audaciosa - de expor argumentações contrárias à doutrina especializada, por entendemos que há constitucionalidade na cobrança do ISS sobre os serviços do setor bancário e financeiro, promovida pela referida lei, porquanto a questão envolve apenas um aparente conflito de competência quanto à incidência do ISS e IOF nas atividades bancárias, que se refutará levando-se em conta suas regras matrizes de incidência, em especial suas bases de cálculo.

Para tanto, abordaremos o assunto perscrutando cada uma das competências envolvidas, no sentido de definir as situações fáticas que elas envolvem, para então concluirmos pela constitucionalidade da LC 116/2003, sob esse aspecto.

Com isso, iniciaremos nossa abordagem com algumas considerações sobre a competência tributária no Capítulo I.

Em seguida, investigaremos as hipóteses de incidência autorizadas na Constituição Federal para a cobrança do ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, e os entendimentos quanto às suas características, conforme será visto no Capítulo II.

No Capítulo III faremos uma pequena exposição do entendimento doutrinário obtido na consulta a alguns dos mais ilustres tributaristas brasileiros de nossa atualidade, para depois adentraremos mais especificamente no tema de nosso estudo, apontando os serviços tributáveis pelo ISS relacionados ao setor bancário, no Capítulo IV.

Em continuação, abordaremos no Capítulo V as hipóteses de incidência do IOF, oportunidade em que serão investigados os fatos geradores e os contribuintes em cada tipo de operação sujeita àquele imposto, para fins de comparação com o ISS.

Por conseguinte, no Capítulo VI teceremos importantes considerações sobre o aparente conflito de incidência do ISS e do IOF nas atividades bancárias e, finalmente no Capítulo VII trataremos da constitucionalidade da cobrança de ISS sobre tais serviços.

Ao final, desejaremos ter contribuído para o desenvolvimento da dialética do assunto em questão, tudo para fins do enriquecimento do direito como ciência e como prática forense.

CAPÍTULO I

1. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

1.1 Definição

No Brasil a força tributante estatal não atua livremente como um poder discricionário, livre de qualquer contensão, mas somente dentro dos limites do direito positivo, que se declara por intermédio das chamadas competências tributárias, cuja matriz é o texto constitucional. É pelas competências tributárias previstas na norma fundante que os entes das Federação podem criar os tributos que lhe são dirigidos, exercendo de fato sua autonomia financeira.

O renomado mestre Vittorio Cassone define competência como sendo a “parcela de poder tributário, que a Constituição dá às pessoas políticas”.¹

Por seu turno, o Professor Roque Antonio Carrazza em seu Curso de Direito Constitucional Tributário conclui que “exercitar a competência tributária é dar nascimento a tributos, no plano abstrato, descrevendo, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas”.²

Assim, temos que a atribuição de competência para instituir impostos constitui uma forma de limitação do poder de tributar, na medida em que, ao determinar quais são os tributos que podem ser criados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e Municípios, a Constituição delimita o campo fático que pode servir de suporte as exações previstas.

¹ CASSONE, Vitório. *Direito Tributário*. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 145

² CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 6. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

1.2 Competência privativa da União, dos Estados e dos Municípios

Na instituição de qualquer tributo deve ser obedecido primordialmente as regras de competência previstas na Lei Maior. Cada ente federado tem o sua parcela de poder tributário definido pela Constituição, do qual nunca poderá se distanciar.

No Título VI da Constituição de 1988, especificamente em seu Capítulo I, temos as competências privativas de cada ente federativo. No entanto, nos deteremos naquelas que nos interessam diretamente ao tema proposto, localizadas Constituição Federal com a seguinte redação:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

(...)

§ 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;

(...)

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar;

(...)

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 prestações se iniciem no exterior;

(...)

Após a transcrição acima dos fragmentos constitucionais, passaremos a analisar a partir de agora quais são os fatos reais escolhidos pelo legislador soberano que darão suporte ao exercício das competências tributárias, isto é, quais são as hipóteses de incidência que estão abrangidas pelos poderes tributários elencados no inciso V do art. 153 e inciso III do art. 156.

1.3 Competência tributária da União para instituir o IOF

Inicialmente cumpre destacar que a competência tributária da União referida no inciso V do art. 153, bem assim em seu § 5º, da Constituição Federal, abrange a incidência do IOF nas operações de crédito, câmbio, seguro e as relativas a títulos e valores mobiliários, bem como o ouro quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, não tendo feito a Carta Magna referência ao termo genérico “operações financeiras”.

Assim, o imposto não incide sobre toda e qualquer operação do mercado financeiro, mas exclusivamente naquelas operações oriundas de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, bem como sobre ouro considerado ativo financeiro ou instrumento cambial. Não se pode querer aplicá-lo de forma genérica – talvez por conta do seu “apelido” de “Imposto sobre Operações Financeiras”-, desconhecendo-se os seus contornos e limites previstos na regra de competência tributária.

1.4 Competência tributária dos municípios para cobrança do ISS

A Constituição Federal de 1988 reservou aos Municípios a competência para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar, excetuando-se os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (art. 156, III).

Vale ressaltar que ao tratarmos da competência tributária dos Municípios, também estaremos falando da aptidão para tributar conferida ao Distrito Federal, uma vez que a este cabem os impostos municipais, de acordo com o preceito contido no art. 147 da Lei Maior.

Outra limitação imposta pela Constituição ao legislador municipal é aquela que outorga à União, por meio de lei complementar, a função de fixar alíquotas máximas e mínimas relativas ao ISS, além de regulamentar isenções, incentivos e benefícios fiscais e outros, conforme citamos:

Art. 156 (...)

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do *caput* deste artigo, cabe à lei complementar:

- 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.

De fato, o legislador municipal está atrelado à lei complementar – editada pela União –, que definirá os serviços tributáveis e outros elementos essenciais da cobrança do ISS, com vistas a evitar a guerra fiscal entre as entidades federativas.

1.5 Caráter declaratório e, portanto, retroativo, da definição dos serviços pela lei complementar e a autonomia municipal

A competência tributária dos municípios para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União ou dos estados tem origem na reforma tributária sofrida pela Constituição Federal de 1946, empreendida pela Emenda Constitucional de n. 18, de 1º de dezembro de 1965, ocasião em que os municípios brasileiros passaram a ter nova fonte de arrecadação, capaz de concretizar sua autonomia política e financeira.

Na atual Constituição, essa autonomia é exercida por meio de três preceitos fundamentais: instituição e arrecadação dos tributos de sua competência, eleição dos seus governantes e organização administrativa de tudo quanto seja predominantemente de interesse local.

Sobre o assunto, conclui o mestre Carrazza:

Com efeito, as competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – lhe foram conferidas pela Lei Maior da República, de modo privativo, exaustivo e rígido – não se interpenetram, nem cedem espaço umas às outras. É neste sentido que a boa doutrina tem proclamado que, na esfera de suas atribuições, constitucionalmente delimitadas, o Município sobrepassa o Estado e a União e seus eventuais excessos só podem ser sofreados pelo Judiciário, em ação própria.³

Porém, é preceito constitucional de que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais sobre a tributação, definindo os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes do ISS, sem contudo inovar, limitando-se a explicitar tão-somente aquilo que se pode extrair das disposições constitucionais. Por esse motivo, tem natureza retroativa e declaratória, segundo Geraldo Ataliba:

³ CARRAZZA, op. cit.

Conseqüência gravíssima no campo da aplicação – se é verdade isso que disse o Dr. Cleber Giardino, e acho que é: as leis complementares, veiculadoras de normas gerais de Direito Tributário são retroativas, por definição. Se elas são declaratórias e se só explicitam aquilo que já está implícito na Constituição -, e forçosamente é assim, porque não podem modificar a Constituição – então elas são declaratórias e retroativas.⁴

O professor e jurista Souto Maior Borges entende que a definição, por lei complementar, de serviços tributáveis pelos municípios agride frontalmente a autonomia daqueles entes, porque, se a lei complementar pudesse definir os serviços tributáveis, os municípios estariam tolhidos em sua competência tributária no lapso temporal entre a outorga constitucional e a edição da lei complementar. Nesse sentido, a correta interpretação da cláusula constitucional “definidos em lei complementar” refere-se aos serviços tributáveis pelos estados, porquanto configuram a exceção à regra.⁵

Nesse sentido são também as palavras do jurista Aires F. Barreto, que conclui no sentido de que

os serviços de *qualquer natureza* prescindem de definição; se são definidos, não serão jamais os de qualquer natureza, mas, sim, os definidos. É clássica a frase de Rui Barbosa, segunda a qual a Constituição não retira com a mão direita aquilo que deu com a mão esquerda.⁶

Em sentido contrário, Sacha Calmon Navarro Coelho entende que, embora detentores de competência tributária para instituir e exigir o ISS, os municípios têm seu poder de tributar limitado materialmente pela lei complementar, a quem cabe, além das funções prescritas no artigo 146 da Constituição Federal, fixar suas alíquotas mínima e máxima, excluir de sua incidência exportações de serviços para o exterior e disciplinar a concessão de benefícios fiscais, e fundamentalmente definir os serviços passíveis de tributação por esse imposto.⁷

À par das discussões doutrinárias sobre a função da Lei Complementar, o fato é que os municípios vêm ratificando em suas legislações ordinárias os preceitos nela contidos ao instituírem a cobrança do ISS em seus territórios.

⁴ Conflito entre ICM, ISS e IPI, *Revista de Direito Tributário* 7/8, São Paulo, p. 119.

⁵ *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: RT, 1975, pp. 185/206.

⁶ BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 41.

⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 402.

CAPÍTULO II

2 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ISS

2.1 Autorização Constitucional da hipótese de incidência do ISS

Como visto nas considerações anteriores sobre o instituto jurídico da competência tributária, as hipóteses de incidência do ISS estão constitucionalmente autorizadas no art. 156, pendentes de definição pela lei complementar.

Porém entendemos que o legislador federal deve obedecer a inteligência da sistemática constitucional ao efetivar essa definição, que irá reger a cobrança do ISS nos milhares de municípios existentes em nosso País.

2.2 Características dos serviços tributáveis

Apesar das hipóteses de incidência do ISS constituírem os serviços tributáveis definidos pelo legislador federal, vale tecermos aqui algumas considerações doutrinárias quanto às características que devem ter essas “situações do mundo dos fatos” para serem enquadradas como serviços sujeitos a exação fiscal de que se cuida, no sentido da sua conformidade com a regra constitucional.

O professor Aroldo Gomes citando o jurista Sacha Calmon explicita assim as características que deverão possuir os serviços tributáveis pelo ISS:

A boa doutrina (como Roque Carraza, Aires Fernandino Barreto, Geraldo Ataliba e Cléber Giardino) extraem da Constituição as seguintes características da hipótese de incidência do tributo ISS, que podemos assim resumir:

- a prestação de serviços configura uma utilidade material ou imaterial pela aplicação do trabalho humano, como execução de obrigação de fazer e não de dar coisa;
- não é contrato para prestar serviço, mas a efetiva e real execução daquele contrato;
- deve ser prestada a terceiro, excluindo-se os serviços que a pessoa executa em seu próprio benefício, como o transporte de mercadoria de um estabelecimento a outro da mesma pessoa;

- executado sem vínculo de subordinação jurídica, mas em caráter independente, razão pela qual excluem-se os serviços prestados pelos empregados a seus empregadores e pelos servidores públicos;
- deve ser habitual, e não meramente eventual;
- assim como ser objeto de circulação econômica, executado com o objetivo de lucro, excetuando-se os serviços gratuitos ou de cortesia beneficentes ou a preços baixos, como alimentação servida a empregados gratuitamente ou a preço de custo;
- finalmente o serviço deve ser prestado em regime de direito privado (por pessoa física ou jurídica, empresa pública ou sociedade de economia mista); se público, haverá imunidade, exceto para aquele serviço dado em concessão ou permissão a terceiros.⁸

Nesse sentido, considerando que o ISS tem por objetivo onerar a produção intelectual na sua concepção mais genérica, entende-se como prestação de serviço, sujeito ao ISS, aquela atividade caracterizada como um esforço humano (“obrigação de fazer”) empreendido por alguém (“prestador de serviço”) a outrem (“tomador do serviço”), em decorrência da celebração de contrato que possua um conteúdo econômico (“preço do serviço”).

No mesmo sentido, leciona Aires F. Barreto, ao conceituar serviços tributáveis pelo município 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 de governo”. À expressão “produtiva de utilidade”, aduz o renomado jurista que “o resultado ou objeto da atividade é útil e, por isso, desejável, querido pelo destinatário. O comportamento do prestador tende a suprir ou preencher uma carência, deficiência, lacuna ou falta sentida pelo destinatário”.⁹

Tendo em mente as considerações acima, seguiremos com os estudos acerca do ISS, com suas hipóteses de incidência tal como postas pela Lei Complementar n. 116/2003, na investigação de sua constitucionalidade.

2.3 A hipótese de incidência do ISS posta pelo ordenamento jurídico

O Decreto-lei n. 406, de 31 de janeiro de 1968, veiculou a lista com os serviços que poderiam ser tributados pelo ISS, definindo, assim, o seu critério

⁸ ROCHA, Valdir de Oliveira. ISS e a LC 116. São Paulo, Dialética, 2003, pag. 20.

⁹ BARRETO, op. cit., p. 35.

material, tendo sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, na qualidade de lei complementar.

Posteriormente à edição do citado decreto-lei, houve outras atualizações da lista de serviços, a culminar recentemente com a publicação, em 2003, de um novo elenco de serviços, promovida pela Lei Complementar n. 116.

De acordo com a novel legislação federal, atualmente, os municípios e o Distrito Federal devem instituir e cobrar o ISS sobre os serviços ali mencionados, senão vejamos:

Art. 1º O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constante da lista anexa, ainda que esses não constituam como atividade preponderante do prestador (LC 116/2003).

Assim, de acordo com enunciado normativo acima citado, temos que o fato gerador, ou, na melhor técnica, a hipótese de incidência tributária para o Imposto sobre Serviços, de competência municipal, é a prestação de serviços constantes da lista anexa ao diploma legal.

Portanto, os municípios ao instuírem por lei local a cobrança do imposto, deverão fazê-lo tendo como aspecto material da hipótese a prestação de serviço.

Essa ação de “prestar serviço” é que faz nascer a obrigação tributária entre o fisco municipal e o contribuinte, tendo por objeto o pagamento do imposto (art. 113, § 1º, do CTN).

Como veremos mais adiante, os municípios não possuem poder discricionário para instituir o imposto sobre todo e qualquer serviço que entender sujeito a exação, mas tão somente sobre aqueles previstas na lista anexa à LC 116/2003. Sua competência, no que se refere ao ISS, é vinculada aos serviços expressamente listados da lei federal de normas gerais, em atenção ao art. 156, III, da CF/88.

2.4 Contribuintes do ISS

Diz o Código Tributário Nacional que os sujeitos passivos da obrigação tributária são aqueles pessoas obrigadas ao pagamento do tributo ou penalidade tributária (art. 121, *caput*).

Ainda de acordo com o mesmo CTN, o sujeito passivo pode-se revestir da condição de contribuinte ou de responsável tributário, sendo o 1º aquele que tem relação pessoal e direta com a situação prevista na hipótese de incidência; ao passo que se diz responsável a pessoa que fora alçada a essa condição mediante previsão legal (art. 121, § único, I e II).

Isto posto, a Lei Complementar nº 116/03 elege como contribuinte o prestador do serviço, conforme se verifica do enunciado previsto em seu art. 5º.

Observe que a escolha não poderia ser diferente, posto que o CTN determina que o contribuinte deva ter relação pessoal e direta com a hipótese de incidência do imposto. Natural, portanto, que o contribuinte do ISS seja o próprio prestador dos serviços tributáveis.

2.5 Da base de cálculo do ISS

A Constituição Federal em seu art. 146, III, “a”, incumbe à lei complementar federal as disposições normativas relativamente aos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos tributos previstos no seu texto.

Nesse sentido, a LC 116/03 previu que a base de cálculo do ISS é preço do serviço prestado (art. 7º).

Portanto, a base de cálculo para a aplicação da alíquota é preço cobrado pelo prestador para a execução dos serviços.

Também nesse aspecto agiu bem o legislador complementar, na medida em que a base de cálculo deve corresponder a mensuração econômica da hipótese de incidência. Razóavel então que base de cálculo seja o preço do serviço prestado.

2.6 Taxatividade da Lista de Serviços

Define a Lei Complementar n. 116/03, em seu artigo 1º, que o fato gerador do imposto consiste na prestação de serviços constantes da sua lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade proponderante do prestador.

Salientamos que os serviços tributáveis são os serviços descritos nos subitens e não os gêneros referidos nos grupos que os aglutinam, porque esse entendimento decorre da estrutura da própria lista. Com efeito, se assim não fosse, desnecessários seriam todos eles; bastaria listar os vários grupos, sem necessidade de referir-se aos respectivos subitens.

Contudo, a adequação dos serviços às descrições contidas nos subitens, comporta interpretação extensiva, conforme entendimento do ilustríssimo mestre Aliomar Baleeiro:

Decerto, o art. 97, do CTN, não tolera analogia para definição de fato gerador. Não se pode incluir na lista categoria que nela inexistente. Mas o que existe pode ser interpretado amplamente. Não deixa de ser taxativa a lista se a interpretação, p. ex., incluir o solicitador ao lado do provisionado ou o parecerista ao lado do advogado (item n. 5) (...) A lei complementar pode ser mais ou menos compreensiva e pode designar gêneros, dos quais o intérprete extrai as espécies.¹⁰

Nesse sentido também é a posição do E. STJ, que em reiterado julgados proclama que a lista de serviços, a despeito da sua taxatividade, comporta interpretação extensiva em cada um dos itens previstos na lei. Vejamos o seguinte arresto:

TRIBUTÁRIO – ISS – LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DL 406/68 – CARÁTER

TAXATIVO – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – POSSIBILIDADE – SERVIÇOS

BANCÁRIOS NÃO PREVISTOS NA LISTAGEM.

1. A própria lei que rege o ISS optou por tributar o gênero e autorizar a aplicação da interpretação extensiva em razão da impossibilidade de se prever todas as espécies e derivações de um mesmo serviço.

2. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que é taxativa a lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, comportando interpretação extensiva, a fim de abarcar serviços correlatos àqueles previstos expressamente, uma vez

¹⁰ Baleiro, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed., RJ: Forense, 1981, p.298.

que, se assim não fosse, ter-se-ia, pela simples mudança de nomenclatura de um serviço, a incidência ou não do ISS.

Embargos de divergência providos (ERESP 916785-MG).

CAPÍTULO III

3 ISS SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS: POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

3.1 Invasão da competência tributária da União

Ainda na vigência do Decreto-lei n. 406/68, não divergia a doutrina quanto a inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre os serviços bancários, por constituírem atividades meio para a consecução das operações financeiras, as quais se encontram sob o manto da tripla competência da União de fiscalizar, legislar e tributar, outorgada pela então Constituição Federal vigente, *in verbis*:

Art. 21. Compete à União:

(...)

VIII – administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio, e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada:

(...)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

VI – sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VII – política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários;

(...)

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma 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, será regulada por leis complementares que disporem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Em artigo publicado sob a égide da Lei Complementar n. 116/2003 os renomados tributaristas Ives Gandra da Silva Martins e Marilene Talarico Martins Rodrigues coadunam com a doutrina majoritária quando fazem as seguintes alegações:

Ora, nos *serviços bancários* que em sua *essência* fazem parte da própria instituição financeira e sendo a natureza jurídica de operações financeiras, há incidência de IOF, de competência da União, não podendo tais serviços serem destacados dos serviços bancários que devem ser examinados como um *todo*, compreendendo todas as etapas de sua realização.

Resta claro, pois, que as operações ou serviços *essencialmente vinculados* às atividades de bancos e instituições financeiras, por via *direta, ou indireta*, seja por negócio principal ou acessório, não podem ser fato gerador do ISS, conforme definição legal, consubstanciada na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que rege o Sistema Financeiro, que, em seu art. 17, estabelece:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para 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.¹¹

O ilustre tributarista Aires F. Barreto reforça o entendimento da maioria dos doutos, quando aduz:

A Lei Complementar 116/2003 traz, como item 15 da lista, um imenso rol de atividades que estariam sujeitas ao ISS. Todavia, exame atento dos 18 subitens em que se desdobra esse título implica conclusão no sentido de que, na sua grande maioria, envolvem eles atividades tipicamente financeiras, não suscetíveis de incidência de ISS. Há, nesses casos, evidente invasão do campo de competência do IOF, privativo da União.¹²

Data venia, entendemos que em suas argumentações os doutrinadores não se aprofundaram no estudo das características constitucionais e legais do IOF, pressuposto necessário para se fazer conjecturas quanto ao conflito de incidência entre esse imposto e o ISS nas atividades bancárias.

No que se refere às demais competências constitucionais outorgadas à União relativas ao Sistema Financeiro Nacional, a teor dos artigos 21, 22 e 192 da CF citados anteriormente, consideramos estarem excluídas da discussão na esfera tributária, por constituir assunto extrínseco ao da instituição de tributos sobre as atividades financeiras.

3.2 Jurisprudência

A jurisprudência do STJ sobre a matéria, em diversos julgados entendeu que “não incide o ISS sobre serviços bancários não incluídos na lista anexa ao Decreto-

¹¹ ROCHA, op. Cit., pag. 209

¹² BARRETO, op. cit., p. 199.

Lei 406/68 com as alterações da LC 56/87, que é taxativa”, (Resp 68.876-MG; REsp 192.635-RJ; Resp 352.745-RJ e Resp 436.109-SC).

Nestes termos, para o E. STJ, se o serviço bancário estiver contido na Lista de Serviços, haverá incidência do ISS, independente da natureza do serviço e da competência privativa da União para legislar sobre o Sistema Monetário e Financeiro.

Até o momento não há nenhum julgamento da lavra do STF que trate da constitucionalidade da cobrança do ISS sobre os serviços prestados pelas instituições financeiras, mas tão somente quanto à taxatividade da lista de serviços e questões outras.

Na égide da Lei Complementar n. 116/2003 - que na atualização da lista de serviços aumentou consideravelmente as modalidades de atividades bancárias tributáveis pelo ISS, ensejando maior interesse nas instituições financeiras em ver confirmada a inconstitucionalidade dessa LC - temos conhecimento da tramitação nos tribunais de alguns processos contendo essa reivindicação, porém sem julgamento definitivo.

CAPÍTULO IV

4 A INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE OS SERVIÇOS RELACIONADOS AO SETOR FINANCEIRO

4.1 Histórico

A lista de serviços constante do Decreto-lei n. 406/68, com as alterações do Decreto-lei n. 834/68, excepcionava, expressamente, os serviços bancários nos itens 15, 37 e 59.

A partir da Lei Complementar n. 56/87, a incidência do ISS nas receitas auferidas pelas instituições financeiras limitavam-se aos serviços descritos nos itens 95 e 96 da lista de serviços anexa ao DL 406/68, quais eram:

95 – cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos não pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimentos de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento (este item abrange também os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central);

96 – instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central: fornecimento de talões de cheques; emissão de cheques administrativos; transferência de fundos; devolução de cheques; sustação de pagamento de cheques; ordens de pagamento e de créditos, por qualquer meio; emissão e renovação de cartões magnéticos; consultas em terminais eletrônicos; pagamentos por conta de terceiros, inclusive os feitos fora do estabelecimento; elaboração de ficha cadastral; aluguel de cofres, fornecimento de 2ª via de avisos de lançamento de extrato de contas; emissão de carnês (neste item não está abrangido o ressarcimento, a instituições financeiras, de gastos com portes do Correio, telegramas, telex e teleprocessamento necessários à prestação dos serviços).

Com a edição da Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, veiculando lista atualizada dos serviços tributáveis pelo ISS, pretendeu-se solucionar algumas questões nebulosas contidas no Decreto-lei n. 406, bem como preencher lacunas relativas a serviços não considerados na hipótese de incidência do ISS até então, tendo em vista seu caráter taxativo reconhecido por nossos tribunais.

4.2 As hipóteses de incidência do ISS relacionadas às atividades bancárias segundo a LC 116/2003

Seguindo o foco do nosso problema, listaremos abaixo os serviços alcançados pelo ISS no âmbito do setor bancário ou financeiro, após a edição da Lei Complementar n. 116/2003, conforme itens e subitens enumerados nesse diploma legal:

(...)

10 - Serviços de Intermediação e congêneres:

10.01 – Agenciamento, corretagem ou intermediação de câmbio, de seguros, de cartões de crédito, de planos de saúde e planos de previdência privada.

10.02 – Agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos em geral, valores mobiliários e contratos quaisquer.

(...)

10.04 – Agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), de franquia (*franchising*) e faturização (*factoring*).

(...)

15 – Serviços relacionados ao setor bancário ou financeiro, inclusive aqueles prestados por instituições financeiras autorizadas a funcionar pela União ou por quem de direito.

15.01 – Administração de fundos quaisquer, de consórcio, de cartão de crédito ou débito e congêneres, de carteira de clientes, cheques pré-datados e congêneres.

15.02 – Abertura de contas em geral, inclusive conta-corrente, conta de investimentos e aplicação e caderneta de poupança no exterior, bem como a manutenção das referidas contas ativas e inativas.

15.03 – Locação e manutenção de cofres particulares, de terminais eletrônicos, de terminais de atendimento e de bens e equipamentos em geral.

15.04 – Fornecimento ou emissão de atestados em geral, inclusive atestado de idoneidade, atestado de capacidade financeira e congêneres.

15.05 – Cadastro, elaboração de ficha cadastral, renovação cadastral e congêneres, inclusão ou exclusão no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos – CCF ou em quaisquer outros bancos cadastrais.

15.06 – Emissão, reemissão e fornecimento de avisos, comprovantes e documentos em geral; abono de firmas; coleta e entrega de documentos, bens e valores; comunicação com outra agência ou com a administração central; licenciamento eletrônico de veículos; transferência de veículos; agenciamento fiduciário ou depositário; devolução de bens em custódia.

15.07 – Acesso, movimentação, atendimento e consulta a contas em geral, por qualquer meio ou processo, inclusive por telefone, fac-símile, internet e telex, acesso a terminais de atendimento, inclusive vinte e quatro horas; acesso a outro banco e a rede compartilhada; fornecimento de saldo, extrato e demais informações relativas a contas em geral, por qualquer meio ou processo.

15.08 – 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.

15.09 – Arrendamento mercantil (*leasing*) de quaisquer bens, inclusive cessão de direitos e obrigações, substituição de garantia, alteração, cancelamento e registro de contrato, e demais serviços relacionados ao arrendamento mercantil (*leasing*).

15.10 – Serviços relacionados a cobranças, recebimentos ou pagamentos em geral, de títulos quaisquer, de contas ou carnês, de câmbio, de tributos e por conta de terceiros, inclusive os efetuados por meio eletrônico, automático ou por máquinas de atendimento; fornecimento de posição de cobrança, recebimento ou pagamento; emissão de carnês, fichas de compensação, impressos e documentos em geral.

15.11 – Devolução de títulos, protesto de títulos, sustação de protesto, manutenção de títulos, reapresentação de títulos, e demais serviços a ele relacionados.

15.12 – Custódia em geral, inclusive de títulos e valores mobiliários.

15.13 – Serviços relacionados a operações de câmbio em geral, edição, alteração, prorrogação, cancelamento e baixa de contrato de câmbio; emissão de registro de exportação ou de crédito; cobrança ou depósito no exterior; emissão, fornecimento e cancelamento de cheques de viagem; fornecimento, transferência, cancelamento e demais serviços relativos a carta de crédito de importação, exportação e garantias recebidas; envio e recebimento de mensagens em geral relacionadas a operações de câmbio.

15.14 – Fornecimento, emissão, reemissão, renovação e manutenção de cartão magnético, cartão de crédito, cartão de débito, cartão salário e congêneres.

15.15 – Compensação de cheques e títulos quaisquer; serviços relacionados a depósito, inclusive depósito identificado, a saque de contas quaisquer, por qualquer meio ou processo, inclusive em terminais eletrônicos e de atendimento.

15.16 – 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 em contas em geral.

15.17 – Emissão, fornecimento, devolução, sustação, cancelamento e oposição de cheques quaisquer, avulso ou por talão.

15.18 – Serviços relacionados a crédito imobiliário, avaliação e vistoria de imóvel ou obra, análise técnica e jurídica, emissão, reemissão, alteração, transferência e renegociação de contrato, emissão e reemissão do termo de quitação e demais serviços relacionados a crédito imobiliário.

(...).

Com relação aos itens e subitens relacionados acima, ressaltamos que deverá ser excluído da base de cálculo do ISS os valores das receitas obtidas na intermediação do mercado de TVM, sobre os valores dos depósitos bancários e sobre o principal, os juros e os acréscimos moratórios das operações de crédito

realizadas por instituições financeiras, segundo inteligência do inciso III do art. 2º do diploma legal em questão.

Dessa forma, podemos verificar que a legislação complementar federal, no cumprimento do preceito constitucional de definir as hipóteses de incidência sujeitas à tributação do ISS, teve o cuidado de excluir expressamente a possibilidade de incidência daquele imposto sobre os valores relativos às operações financeiras incluídas explicitamente na competência tributária da União.

CAPÍTULO V

5 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO IOF – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGURO E AS RELATIVAS A TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS

5.1 Autorização constitucional das hipóteses de incidência do IOF

Relembrando disposição constitucional vista anteriormente no item 2 do Capítulo I do nosso trabalho, tem-se que a Carta Magna outorgou à União em seu artigo 153, inciso V e § 5º a competência para instituir imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, e as relativas a títulos e valores mobiliários e ao ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial.

5.2 As hipóteses de incidência do IOF no ordenamento jurídico

Para melhor entendimento das hipóteses de incidência do IOF, passaremos a tecer breves considerações relacionadas a cada uma delas, tomando por base o Regulamento do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF, consubstanciado no Decreto n. 4.494, de 3 de dezembro de 2002, bem como nos conceitos do Professor Paulo Vicente Gomes Carmo, em seu Manual do I.O.F e os abstraídos do Manual de Normas e Instruções do Banco Central do Brasil.

5.2.1 Operações de crédito

Entende-se por operação de crédito o empréstimo de recursos financeiros, assim considerado o fato econômico da cessão de dinheiro, geralmente a título oneroso, restituível a prazo certo. Apresenta-se nas modalidades de empréstimos, financiamentos e títulos descontados, sendo:

- a) empréstimos: operações de cessão de dinheiro, realizadas sem destinação específica ou sem a necessidade de comprovar a destinação dada aos recursos emprestados;

- são exemplos os empréstimos para capital de giro, para crédito pessoal, os adiantamentos a depositantes, cheque especial, dentre outros;

b) financiamentos: operações de cessão de dinheiro, realizadas com destinação dos recursos para finalidade específica e vinculada à comprovação dada aos mesmos;

- são exemplos os financiamentos rurais, agro-industriais, imobiliários, à exportação e à importação, os de infra estrutura e desenvolvimento, os de máquinas, equipamentos, parques industriais e os ao consumidor final de bens e serviços;

c) títulos descontados: operações realizadas mediante o desconto de títulos de crédito, as quais se caracterizam pela negociação (venda) do título antes de seu vencimento, com deságio, ou seja, deduzidos os juros que são cobrados antecipadamente;

- são exemplos o desconto de duplicatas, de cheques, de letras de câmbio, de cambiais de exportação etc.

O Regulamento do IOF define as operações de crédito, em seu art. 3º, § 4º, *in verbis*:

I – empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de títulos (Decreto-Lei n. 1.783, de 18 de abril de 1980, art. 1º, inciso I);

II – alienação, à empresa que exercer as atividades de factoring, de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo (Lei n. 9.532, de 1997, art. 58);

III – mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei n. 9.779, de 1999, art. 13).

E quanto aos contribuintes, elege como tais todas as pessoas físicas ou jurídicas tomadoras de crédito (art. 4º).

5.2.2 Operações de câmbio

As operações de câmbio caracterizam-se basicamente pela troca da moeda de um país pela de outro. Apresentam-se nas modalidades manual e sacado, sendo:

a) câmbio manual: aquele que se refere à compra e venda de moedas em espécie (troca física) e de *traveller's checks*;

b) câmbio sacado: aquele que se refere à troca escritural e se processa através de saques, entendido como tais as letras de câmbio, as cartas de crédito, as ordens de pagamento e os cheques. Apresenta-se nas espécies comercial e financeiro.

De acordo com o art. 11 do Regulamento do IOF

o fato gerador do 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 (Lei n. 5.172, de 1966, art. 63, inciso II).

E com relação aos contribuintes no caso dessas operações, reza em seu art. 12 que

são contribuintes do IOF os compradores ou vendedores de moeda estrangeira nas operações referentes às transferências financeiras para o ou do exterior, respectivamente, compreendendo as operações de câmbio manual (Lei n. 8.894, de 1994, art. 6º).

5.2.3 Operações de seguro

Por seu turno as operações de seguro configuram um contrato (apólice) entre uma empresa (seguradora) e uma pessoa física ou jurídica (segurado), pelo qual a primeira se obriga, mediante a cobrança de uma certa quantia (prêmio), a pagar à segunda uma determinada importância (indenização) para compensar perdas e danos decorrentes de sinistros, tais como: acidentes, incêndios, inundações, roubos, etc.

A definição dessa operação contida no art. 19, § 1º do Regulamento do IOF é a seguinte: “a expressão “operações de seguro” compreende seguros de vida e congêneres, seguro de acidentes pessoais e do trabalho, seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados (Decreto-Lei n. 1.783, de 1980, art. 1º, incisos II e III).”

Sendo os contribuintes, com base no art. 20: “as pessoas físicas ou jurídicas seguradas (Decreto-Lei n. 1.783, de 1980, art. 2º)”.

5.2.4 Operações com títulos ou valores mobiliários

Genericamente, define-se título como sendo o documento que certifica a propriedade de um bem ou comprova o direito de seu detentor receber determinado valor em data preestabelecida. Quando se referem a bens ou direitos móveis, são denominados valores mobiliários, ou simplesmente títulos, ou, ainda, títulos de crédito, com o qual uma pessoa física ou jurídica (devedora) se compromete a pagar a outra (detentora do crédito ou credora) certo valor ou certa mercadoria.

Segundo o art. 25 do Regulamento do IOF, “o fato gerador do IOF é a aquisição, cessão, resgate, repactuação ou pagamento para liquidação de títulos e

valores mobiliários (Lei n. 5.172, de 1966, art. 63, inciso IV, e Lei n. 8.894, de 1994, art. 2º, inciso II, alíneas “a” e “b”).

O art. 26 dispõe que os contribuintes são:

I – os adquirentes de títulos ou valores mobiliários e os titulares de aplicações financeiras (Decreto-Lei n. 1.783, de 1980, art. 2º, Lei n. 8.894, de 1994, art. 3º, inciso II);

II – as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na hipótese das operações de aquisição, resgate, cessão ou repactuação de títulos e valores mobiliários, quando inferior a noventa e cinco por cento do valor inicial da operação (Lei n. 8.894, de 1994, art. 3º, inciso III).

5.2.5 Operações com Ouro ativo financeiro ou instrumento cambial

A previsão legal da incidência do IOF sobre o ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial encontra-se no art. 38, § 1º do Regulamento do IOF:

entende-se por ouro ativo financeiro ou instrumento cambial, desde sua extração, inclusive, o ouro que, em qualquer estado de pureza, em bruto ou refinado, for destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País, em operação realizada com a interveniência de instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil.

Com efeito, temos aqui um único caso em que o contribuinte do IOF será a instituição financeira, o que ocorrerá somente quando da primeira aquisição do ouro ativo financeiro ou instrumento cambial após a sua extração, não havendo a possibilidade de incidência do imposto nos contratos entre a instituição financeira e o aplicador nessa espécie de operação.

Quanto às demais operações descritas acima figuram como contribuinte o tomador do crédito, ou comprador/vendedor de moeda estrangeira, ou segurado, ou aplicador, conforme a espécie da operação, e não a instituição financeira na qualidade de prestadora de serviços.

CAPÍTULO VI

6 CONFLITO DE INCIDÊNCIA ENTRE ISS E IOF

6.1 Aparente conflito entre ISS e IOF

Eventual confusão pode ocorrer entre o ISS e o IOF, quando aplicadas às atividades financeiras de um modo geral, mais especificamente, quando relacionadas a uma série de serviços que se agregam ao objeto dos contratos bancários, seja condicionando, facilitando ou viabilizando-os, sem com eles se confundirem, permitindo uma superposição fática de modo a dar azo a aparentes conflitos de competência entre municípios e União.

A despeito da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/2003 conter no bojo da discriminação de alguns serviços bancários referências às operações sujeitas à incidência do IOF, lembramos que o mesmo diploma legal traz no inciso III do art. 2º limitações à base de cálculo para aplicação do ISS sobre esses serviços, com o objetivo mesmo de descaracterizar a bitributação e a conseqüente inconstitucionalidade pela invasão da competência tributária da União: “o imposto não incide sobre os valores intermediados no mercado de TVM, sobre os valores dos depósitos bancários e sobre o principal, os juros e os acréscimos moratórios incidentes nas operações de crédito realizadas por instituições financeiras”.

6.2 Contratos de prestação de serviços

Usando de sua liberdade negocial, os particulares podem produzir fatos complexos, estabelecendo negócios que se consubstanciam, concomitantemente, em prestação de serviços e em venda de mercadorias, ou outra operação.

O regime jurídico tributário a que se subordinam certos fatos exige se perquiram a natureza e objeto do contrato em conseqüência do qual se produzem os fatos considerados.

Interessante é a lição do professor Aires F. Barreto que bem explicita exemplo na linha em que estamos tratando, em sua lição sobre *factoring*:

Algumas empresas de *factoring*, paralelamente à aquisição de créditos, se dedicam a outros misteres, muitos até para tornar mais eficaz o recebimento desses créditos.

Essas atividades adicionais configuram, em sua grande maioria, serviços tributáveis pelo ISS. Assim, dentre outras, são alcançadas pelo imposto as atividades que, extrapolando a mera aquisição de títulos de crédito, objetivam proporcionar assessoria creditícia, análise, avaliação, cadastro, gerenciamento de informações, administração de contas a pagar e a receber, gestão de créditos, seleção de riscos.

Diante de empresa que componha este grupo, as atividades configuradoras de serviço sujeitar-se-ão ao ISS, na medida dos respectivos valores. Nesse caso, conviverão, simultaneamente, as atividades de prestação de serviços com outras que de serviço não têm nada. Cabe exigir ISS das primeiras, mas nunca das últimas.

Com efeito, mesmo quando referidos num só instrumento de contrato, pode-se discernir, juridicamente, mais de um objeto, embora o interesse das partes seja global e uno.

6.3 Comparação dos serviços bancários tributáveis pelo ISS com as operações financeiras

Antes de confrontarmos os serviços bancários tributáveis com as operações financeiras propriamente ditas é preciso deixar claro que a base de cálculo do IOF será sempre o valor das operações, conforme inteligência dos artigos abaixo, retirados do Regulamento do IOF:

a) nas operações de crédito, o valor de principal disponibilizado ao tomador do crédito:

Art. 7º A base de cálculo e respectiva alíquota reduzida do IOF são (Lei n. 8.894, de 1994, art. 1º, parágrafo único, e Lei n. 5.172, de 1966, art. 64, inciso I):

I – na operação de empréstimo, sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito:

a) quando não ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário, inclusive por estar contratualmente prevista a reutilização do crédito, até o termo final da operação, a base de cálculo é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, inclusive na prorrogação ou renovação:

(...)

b) quando ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário, a base de cálculo é o principal entregue ou colocado à sua disposição, ou

quando previsto mais de um pagamento, o valor do principal de cada uma das parcelas:

(...)

II – na operação de desconto, inclusive na de alienação a empresas de *factoring* de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo, a base de cálculo é o valor líquido obtido:

(...)

III – no adiantamento a depositante, a base de cálculo é o somatório dos saldos devedores diários apurados no último dia de cada mês:

(...)

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

(...)

V – nos excessos de limite, ainda que o contrato seja vencido:

a) quando não ficar expressamente definido o valor do principal a ser utilizado, inclusive por estar contratualmente prevista a reutilização do crédito, até o final da operação, a base de cálculo é o valor dos excessos computados no somatório dos saldos devedores diários apurados no último dia de cada mês:

(...)

b) quando ficar expressamente definido o valor do principal a ser utilizado, a base de cálculo é o valor de cada excesso, apurado diariamente, resultante de novos valores entregues ao interessado, não se considerando como tais os débitos de encargos:

(...)

§ 4º O valor I a que se refere o inciso II deste artigo corresponde ao valor nominal do título ou do direito creditório, deduzidos os juros cobrados antecipadamente.

(...)

b) nas operações de câmbio, o montante em moeda nacional correspondente ao valor em moeda estrangeira, excluído a comissão devida a agente, quando houver:

Art. 13. A base de cálculo do IOF é o montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição, correspondente ao valor, em moeda estrangeira, da operação de câmbio (Lei n. 5.172, de 1966, art. 64, inciso II).

§ 1º As bonificações eventualmente pactuadas integram a base de cálculo.

§ 2º Na operação de câmbio destinada à liquidação de compromisso oriundo de financiamento à importação, a base de cálculo será constituída apenas das parcelas de capital.

§ 3º Na operação de câmbio relativa ao pagamento de importação que englobe valor de comissão devida a agente, no País, a base de cálculo será:

I – a parcela efetivamente remetida ao exterior, quando o valor da comissão for pago ao agente no País, em “conta gráfica”;

II – o valor efetivamente aplicado na liquidação do contrato de câmbio, deduzida a parcela correspondente à comissão que, prévia e comprovadamente, tenha sido paga ao agente, no País, mediante transferência do exterior.

c) nas operações de seguro, o valor dos prêmios pagos:

Art. 21. A base de cálculo do IOF é o valor dos prêmios pagos (Decreto-Lei n. 1.783, de 1980, art. 1º, incisos II e III).

d) nas operações relativas a títulos e valores mobiliários, é o valor aplicado somado aos seus rendimentos:

Art. 27. A base de cálculo do IOF é o valor (Lei n. 8.894, de 1994, art. 2º, II):

I – de aquisição, resgate, cessão ou repactuação de títulos e valores mobiliários;

II – da operação de financiamento realizada em bolsas de valores, de mercados, de futuros, e assemelhadas;

III – de aquisição ou resgate de quotas de fundos de investimento e de clubes de investimento;

IV – do pagamento para a liquidação das operações referidas no inciso I, quando inferior a noventa e cinco por cento do valor inicial da operação.

(...).

e) nas operações com ouro ativo financeiro ou instrumento cambial, é o preço de sua aquisição:

Art. 40. A base de cálculo do IOF é o preço de aquisição do ouro, desde que dentro dos limites de variação da cotação vigente no mercado doméstico, no dia da operação (Lei n. 7.766, de 1989, art. 9º).

(...).

A partir das considerações acima - que procuram demonstrar sobre quais valores serão aplicadas as alíquotas do IOF -, analisaremos agora alguns serviços bancários tributáveis pelo ISS (já listados no item 2 do Capítulo III), com vistas à demonstração de que as bases de incidência são diversas daquelas usadas para a cobrança do imposto federal, malgrado esses serviços estejam vinculadas às operações de crédito, câmbio, seguros e valores mobiliários.

Nos casos dos subitens 10.01, 10.02, 10.04 e 15.01, por exemplo, a incidência do ISS recai sobre as receitas provenientes das atividades de agenciamento, corretagem, intermediação ou administração, registradas contabilmente em conta específica do COSIF – Plano de Contas das Instituições do Sistema Financeiro Nacional, sem a inclusão dos valores relativos às próprias operações com as quais estão relacionadas.

Noutro falar, como o ISS tem como hipótese de incidência legalmente qualificada as atividades de prestação de serviços, no caso específico dos citados subitens o imposto incide sobre essas atividades, esse labor humano de agenciar, prestar corretagens, intermediar e administrar valores dos clientes - que inclusive são remuneradas por preço específico, por autorização do Banco Central do Brasil. Não incide portanto, como entendem alguns, sobre as próprias operações financeiras, que são base de incidência do IOF, como visto.

O mesmo raciocínio poderá ser aplicado quanto aos subitens 15.02, 15.08, 15.12 e 15.13, que tratam, respectivamente: da abertura de contas de investimento e poupança; das atividades para a contratação, renovação e outras relativas as operações de crédito; serviços de custódia de títulos e valores mobiliários; e demais serviços relativos as operações de câmbio (edição, alteração, prorrogação, etc.) etc. Cada uma dessas atividades prestadas pelos bancos aos seus clientes são devidamente remuneradas, independente das operações que estão relacionadas. E são sobre esses preços, chamadas de tarifas bancárias, que deverá incidir o imposto municipal, não se confundido com as operações fins das instituições financeiras. Inclusive, essas receitas pela prestação dos serviços são lançadas em rubricas contábeis específicas diversas das operações matrizes que lhes dão suporte.

Outro caso exemplar está previsto também no subitem 15.18, relativos aos serviços pertinentes ao crédito imobiliário, tais como, emissão, reemissão, alteração, transferência e renegociação do contrato imobiliário. Essas atividades, apesar de vinculadas a operação de crédito, são cobradas de forma independente pelos bancos, com autorização do BACEN. São portanto receitas decorrentes da prestação dos serviços de emissão, renovação, renegociação, etc., dirigidas aos mutuários de contratos imobiliários. Nesse caso, não há o que confundir essas atividades com as próprias operações de crédito no âmbito do sistema financeiro habitacional.

Disto resulta que, inobstante as operações financeiras (crédito, câmbio, seguros e títulos e valores mobiliários) estarem sujeitas ao ônus fiscal do IOF, nada impede que o legislador identifique e tribute pelo ISS serviços eventualmente prestados pelas instituições financeiras envolvendo direta ou indiretamente àquelas

operações bancárias. Inclusive, como restou consiguinado alhures, as bases de cálculos eleitas para a incidência da alíquota do imposto municipal são radicalmente diferentes das previstas na lei do IOF: o ISS incide sobre a receita auferida na prestação desses serviços (conhecida no meio financeiro por “tarifas”); enquanto que o imposto sobre operações financeiras incide sobre o próprio valor de negócio celebrado entre o cliente e Banco. Contabilmente, inclusive, são registradas em subtítulos distintos, a teor da regulamentação do BACEN.

CAPÍTULO VII

7 CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE ISS SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS E FINANCEIROS

7.1 Descaracterização da invasão da competência tributária da União pelos Municípios e Distrito Federal

A partir das considerações feitas sobre as hipóteses de incidência, contribuintes e principalmente das bases de cálculo relativas ao IOF (regulado pelo Decreto n. 4.494, de 3 de dezembro de 2002) e do ISS (regulado pela Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003), podemos afirmar a completa dissociação entre o alcance da incidência de ambos os impostos quando aplicados as operações bancárias.

Dessa forma, entendemos que a instituição e cobrança pelos municípios e Distrito Federal do ISS sobre as receitas advindas das atividades bancárias e financeiras, previstas na citada lei complementar, não extrapola a competência tributária daqueles entes federados para alcançar a autorização constitucional dada privativamente à União, com vistas a instituição do IOF, na medida em que não coincidem juridicamente os elementos da regra matriz de incidência, em especial suas bases de cálculo.

7.2 Ausência de inconstitucionalidade da cobrança do ISS sobre os serviços bancários e financeiros

Data vênia o entendimento de abalizada doutrina, entendo que a LC 116/93 é constitucional, porquanto o ISS está apto a incidir sobre os serviços bancários, que apesar de vinculados, se distinguem das operações matrizes sujeitas ao IOF, não havendo na espécie qualquer invasão na competência da União.

Assim, enquanto os municípios e o DF fizerem incidir o ISS sobre os serviços bancários elecandos pela LC 116/03, não há mácula aos preceitos

constitucionais, posto que os serviços eleitos deverão ser tributados exclusivamente pelo imposto municipal, conforme se depreende das regras matrizes de incidência do ISS e IOF, em especial quando comparadas as bases de cálculo de ambos os impostos envolvidos.

A citada lei complementar se desicumbiu de seu mister dentro das parâmetros constitucionais, nos limites de sua competência. Não houve, como entende alguns doutos, a invasão nas competências outorgadas à União pela lei em comento.

Como vimos, os serviços bancários tributáveis pelo imposto municipal são realmente prestações de serviços, cujo contribuinte é próprio banco prestador e o preço é tarifa cobrada dos clientes. Ao passo que o IOF incide exclusivamente sobre as operações de crédito, câmbio, seguros e títulos e valores mobiliários, tendo seus respectivos contribuintes e bases de cálculo.

Ao revés, se o município ao instituir o imposto ou a pretexto de exigí-lo, incluir na base de cálculo desse imposto o valor das operações sujeitas ao imposto federal, praticará ato inconstitucional ou ilegal, respectivamente, passível de desconstituição judicial, tendo em vista sua vinculação aos termos da Lei Maior.

Ressalto, por oportuno, que a tese aqui defendida ainda não foi objeto de discussão judicial, pelos menos que esse autor tenha conhecimento, o que inviabiliza citações da jurisprudência.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, após a pesquisa acerca da problemática levantada pela doutrina especializada quanto à inconstitucionalidade da cobrança do ISS sobre as receitas obtidas pelas instituições financeiras na prestação de serviços bancários, nos moldes da LC 116/03, restaram demonstradas as seguintes constatações: a uma, que as atividades empreendidas pelas instituições financeiras não se resumem somente às operações de crédito, câmbio, seguro e as relativas a títulos e valores mobiliários (citadas na Constituição Federal como sendo da competência tributária exclusiva da União), mas realizam as outras atividades ou serviços que podem também ser eleitos à incidência fiscal; a duas, a par das diferenças entre seus aspectos materiais e contribuintes, as bases de cálculo sobre a qual incidem o IOF e ISS nas atividades financeiras são totalmente diversas, sendo o primeiro incidindo sobre os próprios valores das operações de crédito, câmbio, seguros e títulos e valores mobiliários, enquanto que o imposto sobre serviços visa tributar outros serviços realizados pelos bancos paralelamente às operações principais, inclusive recebendo remuneração específica para cobrir os custos incorridos.

Em decorrência dessas constatações é curial reconhecer que estamos diante de dois fatos distintos sujeitos a diferentes incidências tributárias. O IOF deverá tributar as operações financeiras típicas dos bancos ou instituições assemelhadas (crédito, câmbio, seguro e títulos e valores mobiliários), com bases e contribuintes devidamente estabelecidos em regulamento pertinente. Cabe ao ISS, por sua vez, tributar os serviços prestados por esses entes financeiros, devidamente identificados e individualizados na LC 116/03, com especificação própria do contribuinte e principalmente no que tange à base de cálculo.

Nesse diapasão, é inexorável o reconhecimento da constitucionalidade da incidência do ISS sobre as receitas provenientes dos serviços prestados pelas instituições financeiras, discriminadas na lista de serviços constante da Lei Complementar nº. 116/2003, mesmo que em boa parte deles haja referência às operações financeiras sujeitas ao IOF.

Não há, como apregoado por alguns doutrinadores, a invasão de competência tributária da citada lei federal, a caracterizar sua inconstitucionalidade, pelo menos sob o enfoque até aqui formulado pelos especialistas da matéria, e que este autor procurou descortinar no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Lei Complementar n.116/2003.

Regulamento do IOF – Decreto n. 4.494/2002.

Manual de Normas e Instruções do Banco Central do Brasil.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

ROCHA, Valdir de Oliveira; et al. **O ISS e a LC 116**. São Paulo: Editora Dialética, 2003.

BARRETO, Aires F.. **ISS na Constituição e na Lei**. 2. ed.; São Paulo: Editora Dialética, 2005.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 17. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2006.

Carrazza, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 6. ed., São Paulo: Ed. Malheiros,1994.

CARMO, Paulo Vicente Gomes. **Manual do I.O.F.**. 2. ed., São Paulo: Editora Frase, 1998.

Lei Complementar Tributária. São Paulo: RT, 1975.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.