

**MÍRIAM MARGARETH CAETANO DE OLIVEIRA**

**O ISSQN  
E AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E EQUIPARADAS**

**BELO HORIZONTE  
2007**

**MÍRIAM MARGARETH CAETANO DE OLIVEIRA**

**O ISSQN  
E AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E EQUIPARADAS**

**Monografia apresentada como  
requisito para conclusão do curso de  
pós-graduação em Direito Tributário do  
Centro de Estudos na Área Jurídica  
Federal – CEAJUFE**

**Orientadora: Profa. Daniela Victor de Souza Melo**

**BELO HORIZONTE**

**2007**

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos meus filhos, Breno e Luis Gabriel, fontes inesgotáveis de inspiração.

## **AGRADECIMENTOS**

À Profa. Daniela Victor de Souza Melo pela orientação, incentivo e disponibilidade.

Ao Prof. Itelmar Raydan Evangelista pela capacidade, dedicação e pelo exemplo de determinação.

Aos meus familiares pelo apoio incondicional.

Aos colegas de curso, pela amizade e compreensão, em especial à Fernanda Sue Watanabe pela seriedade e generosidade.

E ao Nosso Pai, que sempre escreve certo, mas que a nossa miopia faz parecerem tortas as linhas de sua escrita.

## **RESUMO**

Palavras-Chave: Competência Tributária Municipal. Imposto sobre Serviços; Instituições Financeiras e Equiparadas.

Análise de questões relevantes envolvendo a constitucionalidade e a legalidade da tributação dos serviços prestados pelas instituições financeiras e equiparadas pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN). Exposição dos principais argumentos dos setores que defendem improcedência da tributação de alguns serviços prestados por estas instituições: serviços que não estão literalmente mencionados na lista de serviços definida em lei complementar, serviços vinculados a operações ativas e os serviços prestados pelas filiais e contabilizados pela matriz. Análise da consistência desses argumentos e apresentação de posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

## **RESUME**

Key-words: Municipal Tributary Competente. Tax on Services; Financial Institutions and Comparable.

Considerable matters analysis involving the taxation constitutionality and legality of the services rendered by the financial institutions and comparable by Tax on Services of Any Nature. Main arguments exposition of sectors that stand up for the unfoundedness of the taxation on some services rendered by those institutions: services that are not literally mentioned on the working order defined by complementary law, services linked to active operations and the services rendered by the branch establishments and accounted by the main house. Consistence analysis of those arguments and presentation of and jurisprudential posture.

## SUMÁRIO

-	
INTRODUÇÃO .....	08
I - FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	12
II - LEI COMPLEMENTAR E AUTONOMIA MUNICIPAL .....	13
III - TAXATIVIDADE DA LISTA DE SERVIÇOS .....	17
IV - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E A TAXATIVIDADE DA LISTA .....	24
V - SERVIÇOS VINCULADOS A OPERAÇÕES ATIVAS .....	29
VI - ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM .....	34
VII - SOBRE A CONTABILIZAÇÃO CENTRALIZADA .....	37
- CONCLUSÃO .....	40
- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	42

## INTRODUÇÃO

A ampliação dos direitos do cidadão contemplada na Constituição Federal de 1988 é parte de um projeto social para o país. Parece-nos que os legisladores constituintes perceberam melhor do que o restante de nossa sociedade o quanto este projeto é importante e dedicaram à questão social uma parte considerável do texto constitucional, de sorte que os direitos sociais passaram a ser princípio de nosso Direito Positivo.

Hoje, quase duas décadas mais tarde, enquanto pouco deste projeto foi efetivamente implementado, o mesmo nos parece uma questão de sobrevivência. Recentemente, Buarque<sup>1</sup> (2007) nos alerta:

“Os ricos brasileiros usufruem privadamente tudo o que a riqueza lhes oferece, mas vivem encalacrados na pobreza social. Na sexta-feira, saem de noite para jantar em restaurantes tão caros que os ricos da Europa não conseguiriam freqüentar, mas perdem o apetite diante da pobreza que ali por perto arregala os olhos pedindo um pouco de pão; ou são obrigados a restaurantes fechados, cercados e protegidos por policiais privados. Quando terminam de comer escondidos, são obrigados a tomar o carro à porta, trazido por um manobrista, sem o prazer de caminhar pela rua, ir a um cinema ou teatro, depois continuar até um bar para conversar sobre o que viram.”

A viabilização de um projeto social efetivo passa pelo apoio dos diversos setores da sociedade organizada, mas também pelo aporte de recursos públicos, uma vez que cabe ao governo estruturar e conduzir este projeto.

Ancorados na argumentação de que os recursos públicos são desencaminhados para a corrupção, o brasileiro se torna cada vez mais resistente ao pagamento de tributos. Procedimentos de dolo, fraude e simulação são institucionalizados e denominados Planejamento Tributário. O limite entre legalidade e ilegalidade é tênue e o fato dos atos lesivos aos cofres públicos serem de difícil descaracterização não alteram a

---

<sup>1</sup> BUARQUE, Cristóvão. A Pobreza da Riqueza, Acesso em 17/02/2007. Endereço: [http://www.portalbrasil.net/reportagem\\_cristovambuarque.htm](http://www.portalbrasil.net/reportagem_cristovambuarque.htm)

intenção. A corrupção precisa ser combatida, os recursos públicos precisam ser melhor utilizados, não como forma de reduzir a carga tributária, pois afinal, em países mais desenvolvidos e onde a corrupção está controlada, a carga tributária é ainda maior. O controle da corrupção e a transparência dos gastos públicos devem fazer parte deste projeto social.

Alguns setores da sociedade vêm argumentando que, pelo menos em termos globais, está havendo desrespeito do princípio da Capacidade Contributiva. Acreditamos que, para determinados setores produtivos, esta é uma argumentação procedente, constatação que nos leva a concluir que a carga tributária precisa ser melhor distribuída.

A participação do Município na obtenção dos recursos necessários à condução de uma sociedade mais justa se consubstancia na instituição, através de lei ordinária municipal, dos tributos para os quais a Constituição lhe atribuiu competência, e na fiscalização e cobrança de cada tributo instituído. Embora os municípios sejam cada vez mais importantes no financiamento das políticas públicas através da arrecadação de receitas próprias, devemos destacar a baixa participação dos municípios de menor porte neste processo<sup>2</sup> e a necessidade de que os mesmos revertam esta situação em favor de uma melhor distribuição de responsabilidades e da redução da evasão fiscal, que, embora tenha diversas origens, é também conseqüência nefasta da omissão fiscal por parte destes municípios.

O imposto objeto do presente trabalho é de competência municipal e, conforme afirma Caliendo (2004, p. 520), “O contexto institucional do ISSQN é caracterizado pela sua importância no rol das receitas tributária dos municípios, constituindo-se em um dos três pilares das receitas próprias.”, uma vez que a competência municipal abarca ainda os impostos de transmissão de bens imóveis e imposto predial e territorial urbano.

A definição clássica de prestação de serviços é a transferência onerosa por parte de uma pessoa à outra, de um bem imaterial. Nas palavras de Baptista (2005, p. 258), prestar serviços “representa o núcleo do critério material da hipótese de incidência do ISS”. As instituições financeiras e equiparadas, foco central do ISSQN no presente trabalho, são

---

<sup>2</sup> “ Dos mais de 5.000 Municípios Brasileiros, há inúmeros que não cobram ISS por falta de estrutura administrativa.” FIGUEIREDO E MOTA (2004, p. 12)

contribuintes deste imposto, quando realizam, pelas diversas modalidades das operações acessórias, atividades secundárias e autônomas de prestar serviços. A incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN – recai sobre o preço do serviço específico dessas operações, que são remuneradas sob a forma de tarifas, taxas e comissões.

Até muito recentemente e com freqüência, encontrávamos instituições financeiras e equiparadas argumentando não estarem sujeitas à tributação do ISSQN por se encontrarem em situação especial, como membros integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Obstruíam a ação das autoridades administrativas municipais responsáveis pela fiscalização deste tributo, sob a argumentação, desprovida de respaldo jurídico, de que estariam sujeitas exclusivamente à fiscalização do Banco Central do Brasil. A relação do fisco municipal com as instituições financeiras e equiparadas sempre foi conflituosa<sup>3</sup> e alguns argumentos utilizados nas defesas apresentadas serão abordados no decorrer do presente estudo.

Uma vez que as instituições financeiras e equiparadas são, notadamente, um setor que apresenta taxas de lucratividade muito superiores aos demais setores da sociedade<sup>4</sup>, não existe motivo para que as mesmas busquem a redução do seu percentual de participação neste esforço de financiamento do Estado. A implementação do Estado Social de Direito previsto na Constituição passa pela ampliação da base tributária de forma a mais justa possível, isentando-se de desonerar, injustificadamente, determinados segmentos da sociedade, bem como de sobrecarregar outros setores.

Destacamos ainda que as instituições em questão têm reduzido o seu percentual de participação no esforço de financiamento do Estado por diversas frentes<sup>5</sup> e a experiência da fiscalização do ISSQN nestas instituições nos leva ao convencimento de que

---

<sup>3</sup> Mangieri (2003, fl. 103) afirma “Os Municípios sempre encontraram resistência por parte dos bancos quanto a tributação de seus serviços acessórios.”

<sup>4</sup> Como afirma Baptista (2005, p. 394) as instituições financeiras “... de regra, como é notório, possuem alargada capacidade contributiva.”

<sup>5</sup> Matéria no *site* do Diário do Comércio pesquisada em 15/02/2007 (“A Insuportável Carga Tributária Empresarial Brasileira”) afirma que as instituições financeiras “empregam cerca de 2,66% da mão de obra formal, não tendo por isso alto custo de INSS e FGTS ... São algumas das razões da sua alta lucratividade ... Em 2003, em sentido contrário da alta lucratividade das instituições financeiras (cerca de R\$ 25 bilhões), o seu recolhimento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS teve uma queda de 1,38% (em termos nominais) e 9,77% (em termos reais – variação IPCA) em relação ao ano anterior “.

as mesmas recolhem este imposto em valores muito inferiores ao devido, e é exatamente a folga financeira existente neste setor que permite a protelação da cobrança, ou mesmo a desoneração da obrigação do recolhimento de tributos, através de intermináveis questionamentos judiciais, possíveis, uma vez que as instituições financeiras e equiparadas lucram o suficiente para remunerar fartamente os melhores profissionais do direito.

É de todo questionável que um setor da sociedade que guarda tamanha capacidade contributiva possa, através de sua disponibilidade financeira obter uma situação privilegiada esquivando-se do pagamento de tributos. É neste sentido que buscamos a corroboração de Costa (2004, p. 42 e 43)

“ ... Não se pode imaginar que a justiça tributária signifique a injusta partição da carga tributária, formulando a divisão dos contribuintes entre os que podem e os que não podem se esquivar da legislação tributária.”

O presente trabalho é motivado pela já mencionada importância da instituição e cobrança dos tributos municipais por parte de todos os municípios, contribuindo para o equilíbrio do pacto federativo, e pela acentuada dificuldade encontrada pelos municípios de pequeno porte em sustentar a cobrança do ISSQN das instituições financeiras e equiparadas.

Os itens abordados tratam dos principais questionamentos destes contribuintes em processos administrativos e judiciais. É importante acrescentar que, além da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, trouxemos para o presente trabalho elementos obtidos na prática da fiscalização, uma vez que a autora ocupa cargo de auditora fiscal de tributos no Município de Belo Horizonte. Iniciaremos com a fundamentação constitucional e trataremos da questão da taxatividade de forma genérica e especificamente relacionada às instituições financeiras e equiparadas. Os itens IV, V e VI, tangenciam a questão da taxatividade, mas estão estreitamente relacionados à verificação das situações de fato encontradas na fiscalização de instituições financeiras e equiparadas, resultando em informações mais técnicas que jurídicas.

## I – FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Com a edição da Constituição Federal de 1988, o Município, até então simples parte integrante do Estado-Membro, elevou-se à condição de ente federado, obtendo condições de autonomia para atuação no chamado pacto federativo. A descentralização política assegura parte desta autonomia, mas para uma autonomia efetiva foi necessária a definição de fontes próprias de recursos que financiassem as atribuições conferidas ao Município pela Constituição Federal.

Nas palavras de Chiesa (2004, p. 135):

“O constituinte de 1988 criou um sistema tributário no qual pretendeu assegurar a cada uma das pessoas políticas campo próprio de atuação, delineando de modo preciso, a competência impositiva de cada uma delas, visando a evitar que uma unidade venha a interferir na outra por meio da ação de tributar.”

Na esteira deste objetivo, competências, limites e diretrizes foram definidos pela CF/88 aos titulares do poder de tributar. A competência municipal para instituir o ISSQN esta prevista no artigo 156 em seu inciso III:

“Art. 156 -" Compete aos Municípios instituir impostos sobre :

....

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

No §3º, do art. 156, supra mencionado, temos mais duas prerrogativas de Lei Complementar:

“§ 3º. Em relação ao imposto previsto no inciso III, cabe à lei complementar :

I - fixar as suas alíquotas máximas ;

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.”

Embora o sistema tributário brasileiro tenha sido estruturado de forma descentralizada, delegando às pessoas políticas competência para legislar sobre matéria tributária, o legislador constituinte, na origem da criação do ISSQN, outorgou a prerrogativa para lei complementar definir os serviços a serem tributados pelos municípios, bem como a prerrogativa de fixar alíquotas máximas, excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior, bem como regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados<sup>6</sup>.

Desta forma, embora a instituição de tributos seja tarefa indelegável e privativa do poder tributante (no caso do ISSQN, o município), deve o ente federado, quando da instituição de tributos, respeitar as determinações traçadas pela Constituição Federal e as diretrizes fixadas pela legislação complementar respectiva.

A prerrogativa de lei complementar em limitar a atuação do legislador municipal não é matéria pacífica e esta prerrogativa nos direciona para outra questão: a forma de interpretar a lista que identifica os serviços passíveis de tributação. Tais questões são o ponto central do presente trabalho e serão objeto dos temas abordados nos itens II e III.

## **II – LEI COMPLEMENTAR E AUTONOMIA MUNICIPAL**

A lista de serviços, que define os serviços tributáveis pelo ISSQN, prevista no inciso III do art. 156 da CF/88, iniciou no universo jurídico anexa ao Decreto-lei 406/68<sup>7</sup>. Em 1969 foi modificada pelo Decreto-lei 834/69 e em 1987 pela Lei Complementar 56/87. Em 2003, foi substituída pela trazida com a Lei Complementar 116/03.

A prerrogativa de Lei Complementar em limitar a atuação do legislador municipal passou a ser questionada com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Até esta data, era pacífica a função de legislação infraconstitucional para definição dos serviços tributáveis pelo ISSQN. Com a ampliação da autonomia municipal pela nova Carta, Coelho (1991, p. 191 a 193) passa a questionar a função da Lei Complementar:

“O ISS municipal (art. 156, IV) incide sobre serviços de qualquer natureza, excluídos os compreendidos na competência do Estado, titular do ICMS (art. 155, I, b)... Pois bem, os serviços de transportes

---

<sup>6</sup> Esta última prerrogativa foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 37 de 2002.

<sup>7</sup> O Decreto-lei 406/68 foi recepcionado pela CF/88 com *status* de Lei Complementar.

intermunicipais e comunicações são tributáveis pelos Estados. Afora estes, todos os serviços de qualquer natureza, são tributáveis pelos municípios. É o que diz a Constituição com todas as letras. É de perguntar, para que lei complementar definindo-os? Poderá a Lei Complementar distingui-los pela natureza? Evidentemente não, seria ir de encontro à fórmula constitucional. Poderá omitir alguns? (seria isentar, por imprevisão de fato jurídico específico). Ora, mas o ditado constitucional prescinde de lista especificando os serviços. São tributáveis genericamente os de qualquer natureza. ... Para que a lei complementar pudesse selecionar serviços, seria necessário extrair do texto constitucional a expressão “de qualquer natureza “...A lei complementar, na espécie, só teria cabimento para afastar controvérsias conflitivas, assim mesmo sem afetar a competência constitucional dos Municípios. A lista só poderia ser exemplificativa, daí a sua inocuidade. E, para resolver conflito não se precisa de lista mas de critérios. De resto, somente o Município pode decidir que serviços quer tributar. A definição dos serviços em lei complementar é insuportável à luz de uma Constituição democrática.”

Na esteira da ampliação da autonomia dos municípios determinada pela CF/88, a definição pontual dos serviços tributáveis por Lei Complementar foi interpretada como interferência da União na competência municipal.

Também em nome da autonomia municipal, Carazza (1989, p. 208 e 209) defendeu que os municípios poderiam tributar quaisquer serviços realizados em seus territórios, independentemente de previsão em Lei Complementar, bem como questionou a taxatividade da lista e afirmou que a mesma é simplesmente sugestiva:

“(...) quando alguém proclama que a lista de serviços é taxativa, implicitamente está afirmando que amanhã a União poderá, querendo, anular por completo a competência que o município recebeu para tributar os serviços de qualquer natureza ocorridos em seu território. ... Hoje, a lista de serviços tem 100 itens que compreendem aproximadamente 500 serviços. Nada impede, no entanto, que amanhã uma nova lei complementar reduza esses itens para 50, 20 ou 10. Nada impede, por igual modo, que essa lei complementar seja pura e simplesmente revogada. Se ela for substituída por uma outra lei

complementar veiculada de uma outra lista de serviços, o Município estará de mãos atadas. O que terá acontecido, neste caso? Uma norma infra-constitucional, uma lei complementar terá esvaziado uma competência constitucional que o município recebeu para reafirmar sua ampla autonomia. Para que o Município tributa? Em última análise, para efetivar a sua autonomia, já que sem autonomia financeira não pode existir nem autonomia jurídica, nem política. Essa interpretação de que a lista de serviços é taxativa, briga contra todas as evidências jurídicas. .... Portanto, até prova em contrário, eu tenho para mim que a lista de serviços é meramente sugestiva, ou seja, ela contém sugestões que poderão ou não ser seguidas pelo legislador municipal enquanto cria o ISSQN”.

Baptista (2005, p. 233) cita ainda JOSÉ ROBERTO VIEIRA<sup>8</sup> como defensor de uma lista sugestiva bem como MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>9</sup> “...que somente admitiu falar em taxatividade ou exemplificatividade da lei complementar em relação o período anterior à Carta de 1988” , acompanhando o entendimento de que a Constituição trouxe novo *status* à autonomia municipal. Baptista (2005, p. 233) cita ainda, neste mesmo sentido:

“GERALDO ATALIBA<sup>10</sup>, em um primeiro momento, defendeu a taxatividade da Lista. Posteriormente, revendo seu entendimento, foi incisivo ao afirmar que ela não seria nem taxativa nem exemplificativa, apenas pertinente para tratar conflitos de competência e, em tese, também para regular limitações constitucionais ao poder de tributar. Referiu-se, então, à natureza “sugestiva”, naquilo que desbordasse desse norte: “ *Se o método adotado foi o de estabelecer rol de serviços, este não pode ter mais força do que a de sugestão, onde e quando seus itens não tenham pertinência com o campo de conflito, ou a área cinzenta*”.”

Chiesa (2004, p. 136), ainda em nome da autonomia do município, posiciona-se contra a limitação da atuação do legislador municipal:

---

<sup>8</sup> VIEIRA, José Roberto. A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto. Curitiba: Juruá, 1993 - p. 92-93.

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O imposto sobre serviços na constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985 (Coleção Textos de Direito Tributário, v. 10) - p. 100-101.

<sup>10</sup> ATALIBA, Geraldo. Imposto sobre serviços – diversões públicas – convites e ingressos gratuitos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1971 - p. 392; Lei complementar na constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 104, p. 83-84.

“Defendemos que lei infraconstitucional, ainda que seja a complementar, não pode limitar a atuação do legislador municipal, pois isso implicaria a violação ao princípio da autonomia dos municípios. Admitir que a lei complementar possa apontar os serviços que poderão ser tributados por meio do ISS, é transferir para o Congresso Nacional o poder de definir, por meio de lei infraconstitucional, o campo de atuação dos municípios no tocante a esse imposto, amesquinhando a autonomia das unidades municipais .... A parte final do Inc. III, do art. 156, da Constituição Federal, não pode ser interpretada literalmente, pois a tônica de toda a estruturação do sistema constitucional tributário brasileiro é no sentido de assegurar a autonomia das unidades tributantes. Logo, interpretar-se literalmente o referido dispositivo, construindo uma exegese de que, no tocante ao ISSQN, o campo impositivo dos Municípios será definido por lei infraconstitucional, é contrariar a diretriz fundamental do sistema consistente em assegurar a autonomia das ordens jurídicas parciais.”

Baptista (2005, p. 232) cita outro autor que questiona o poder da lei complementar em limitar a autonomia municipal:

“ DINIZ FERREIRA DA CRUZ<sup>11</sup>, negando a taxatividade, disse ser viável aos Municípios tributar serviços não contidos na lista, desde que sua prestação “... não envolva o fornecimento de mercadoria, e não estejam inseridos na competência da União ...”

Defendemos a corrente que rechaça a interferência do legislador complementar na autonomia municipal, principalmente porque reconhecemos uma inconsistência quando o legislador constituinte disponibiliza à tributação municipal todo o universo de serviços prestados, sejam quais forem sua naturezas (excluídos unicamente os compreendidos na competência do Estado) e, em seguida, concede prerrogativa a lei complementar para definir os serviços tributáveis pelo ISSQN, conforme inciso II do art. 156 da CF/88. O ordenamento jurídico deve ser visto como um todo harmônico e, antes de prever prerrogativa a lei complementar para definir os serviços tributáveis pelo ISSQN, a

---

<sup>11</sup> CRUZ, Diniz Ferreira da. Lei Complementar em matéria tributária. São Paulo: José Bushatsky, 1978 - p. 140.

Constituição Federal, em seu art. 18, reconheceu uma ampla autonomia municipal. Além disso, a maioria absoluta dos questionamentos administrativos e judiciais referentes ao ISSQN versam sobre a malfadada lista de serviços, demonstrando não ser um instrumento jurídico eficiente.

Infelizmente, essa corrente não é majoritária e a prerrogativa de lei complementar para definir os serviços tributáveis pelo ISSQN poderá ser objeto de questionamento, mas dificilmente terá sucesso, uma vez que não só na doutrina, mas também na jurisprudência, vigora o entendimento que reconhece a validade da enumeração destes serviços em legislação infraconstitucional.

### **III – TAXATIVIDADE DA LISTA DE SERVIÇOS**

A questão da taxatividade da lista de serviços é genérica, atingindo todo e qualquer contribuinte do ISSQN, mas certamente merece destaque pela freqüência com que aparece nos questionamentos apresentados pelas instituições financeiras e equiparadas, bem como por sua importância, que pode ser resumida no fato da maioria dos outros questionamentos se fundamentarem, de uma forma ou de outra, no entendimento desta questão.

A lista de serviços foi objeto de inúmeras avaliações: é a mesma taxativa, significando ter função imitativa, restritiva, contendo as únicas atividades sujeitas ao ISSQN? Comporta interpretação extensiva, ampla e analógica? É exemplificativa? É sugestiva? Pode o legislador complementar limitar a atuação do legislador municipal?

Esta questão tem sido discutida há várias décadas e, durante o período de vigência da Constituição de 1967, à época em que a autonomia municipal e, portanto, a prerrogativa de lei complementar para definir os serviços tributáveis pelo ISSQN, não era objeto de discussão doutrinária<sup>12</sup>, Moraes (1984, p 107) escreveu:

---

<sup>12</sup> Na Constituição Federal de 1967, o texto do caput do art 1º determinava que “O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.”, enquanto na Constituição Federal de 1988 o texto do caput deste mesmo artigo passou a ser “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”. A autonomia municipal prevista no art. 16 da Constituição Federal de 1967 era extremamente delimitada e restrita enquanto, com o art. 18. da Constituição Federal de 1988, esta autonomia foi efetivamente ampliada: “Art. 18 - A organização políticoadministrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

“Dispondo a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que os serviços da competência tributária dos Municípios sejam definidos por lei complementar, está ela exigindo que a referida lei fixe, determine, indique com precisão os serviços que possam ser onerados pelo ISS. Evidentemente o texto maior, com a expressão “definidos por Lei Complementar”, não está exigindo que se defina (dê os limites), ou conceitue com detalhes todos os serviços alcançados pelo imposto. O fato não teria sentido. Seria tarefa imperfeita se não impraticável, além de entrar nos diversos campos do direito, mormente do direito civil, cuja competência é da União.”

Portanto, Moraes questionou a precisão com que esta Lei Complementar alcançaria a função definida na Constituição de 1967. A posição de Moraes toca o que continua sendo o âmago da questão: reconhecendo a competência de lei complementar para estabelecer a Lista de Serviços tributáveis pelo ISSQN resta questionar como seria possível definir uma nomenclatura suficiente para representar toda uma gama de situações de fato que podem representar uma mesma natureza de serviço.

Moraes (1973, p. 268) também afirmou: “Os itens da relação se referem a uma generalidade de serviços, não se tratando, certamente, de uma relação analítica, em que cada um de seus itens compreendesse apenas uma espécie singular de serviços, rigorosamente tipificada”, reconhecendo um caráter exemplificativo dos itens na Lista de Serviços. São também palavras de Moraes (1984, p. 111):

“Embora taxativa, limitativa, a lista de serviços admite interpretação extensiva para as diversas atividades que enuncia. Cada item da Lista de Serviços abrange certas atividades, ali contidas de forma genérica, sem caráter específico rigoroso.”

O entendimento de que os itens da Lista de Serviço estabelecida em Lei Complementar não poderiam ser restritos à literalidade da nomenclatura utilizada na Lei, levou a doutrina a concluir pela interpretação destes itens pelo aplicador. Encontramos este entendimento em Baleeiro (1991, p. 297 e 298), ainda na vigência da Constituição Federal de 1967:

“Na opinião geral, a lista a que se refere o art. 24, II, da C.F. e o art. 8º. do Decreto-lei 834/69, é taxativa: tributáveis serão só os serviços nela

mencionados, embora cada item dessa lista comporte interpretação ampla e analógica. ... Decerto o art. 97 do CTN, não tolera analogia para definição do fato gerador. Não se pode incluir na lista categoria que nela inexista. 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 05), o agente de propriedade autoral científica ao lado do que agencia a propriedade literária ou artística, a sauna ao lado da ducha (item 26), análise científica a par de análise técnica (item 33), figurinista ao lado de modista (item 45), encadernação de manuscritos , mapas e jornais ao lado de encadernação de livros e revistas do item 60, etc.. A Lei Complementar pode ser mais ou menos compreensiva e pode designar gêneros, dos quais o intérprete extrai as espécies. “

Em pesquisa a doutrinadores que defendem linhas similares à adotada por Aliomar Baleeiro, Baptista (2005, p. 231) informa que além de Bernardo Ribeiro de Moraes (já citado anteriormente), apóiam a interpretação extensiva da Lista de Serviço Rubens Gomes de Souza e Celso Ribeiro Bastos. Afirma ainda Baptista (2005, p. 231 e 232):

“SERGIO PINTO MARTINS<sup>13</sup> também defende a taxatividade, mas passível de “...*interpretação ampla e analógica* ...”. Para ALEXANDRE DA CUNHA RIBEIRO FILHO<sup>14</sup> a lista é exemplificativa. HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO e RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO<sup>15</sup> afirmam que a lista é taxativa e “... *comporta interpretação extensiva, mas não comporta integração por analogia.*”

JOSÉ SOUTO MAIOR<sup>16</sup> sustentou a taxatividade apenas no que a lista trata de conflitos de competência, sendo que, no mais, não vê cabimento para ela: “exaustiva será a disciplina que deu à matéria o Decreto-lei nº406/68 (...) só nessa área de conflito ...”. No mesmo sentido se manifestaram ARTHUR CARLOS A. PEREIRA GOMES<sup>17</sup>,

---

<sup>13</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Manual de Imposto Sobre Serviços. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002 - p. 43-44.

<sup>14</sup> RIBEIRO FILHO, Alexandre da Cunha. O Imposto Sobre Serviços: da emenda constitucional 18/65 até hoje. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1972 - p. 37.

<sup>15</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O ISS e os serviços de Informática no âmbito da lei complementar 116/2003. In O ISS e a LC 116. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2003 - p. 147.

<sup>16</sup> MAIOR, José Souto. ISS (imposto sobre serviços) na constituição. Revista de Direito Tributário n.3, p. 204.

<sup>17</sup> GOMES, Arthur Carlos A. Pereira. Imposto municipal sobre serviços: taxatividade parcial da lista. Revista de direito Tributário, São Paulo, n. 62 - p.204.

ELIZABETH NAZAR CARRAZA<sup>18</sup>, JOAQUIM CASTRO AGUIAR<sup>19</sup>, JOSÉ LUIZ MARQUES DELGADO<sup>20</sup> e ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA<sup>21</sup>, admitindo que, naquilo que não versar conflitos, pode-se falar em caráter exemplificativo da lista de serviço. Semelhante o posicionamento de JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO<sup>22</sup>, SACHA CALMON NAVARRO COELHO<sup>23</sup> e KIYOSHI HARADA<sup>24</sup>, que, não vislumbrando taxatividade, admitem como válida a listagem de serviços exclusivamente no que pertine a conflitos de competência.”

Encontramos, em contraponto a este posicionamento, outra corrente aqui representada por Martins I. e Rodrigues ( 2003, p. 195):

“A lista de serviços é taxativa, não podendo ser ampliada por analogia, a teor do art. 97 do CTN (“somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos, ou a sua extinção”, que, no art. 108 § 1º, preceitua: “O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”. ... A obrigação tributária é *ex lege* e de caráter compulsório. A competência tributária dos Municípios, atribuída pela Constituição Federal, para instituir e cobrar o ISS está limitada à Lista de Serviços que, em lei complementar, define quais as hipóteses, taxativamente, sujeitas ao imposto. ...Não cabe, portanto, interpretação analógica para estabelecer obrigação tributária e definir fato gerador.”

---

<sup>18</sup> CARRAZZA, Elizabeth Nazar. O Imposto sobre serviços na constituição. São Paulo: 1999. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Inédita - p. 45-47.

<sup>19</sup> AGUIAR, Joaquim Castro. Sistema tributário municipal. Rio de Janeiro: José Konfino, 1971 - p. 62-66.

<sup>20</sup> DELGADO, José Luiz Marques. A sistemática constitucional do imposto sobre serviços. In Direito Tributário Moderno. José Souto Maior Borges (coord.). São Paulo: Bushatsky, 1977 - p. 189.

<sup>21</sup> COSTA, Antônio José da. Imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS. Definição de serviços em lei complementar. Revista de Direito Tributário, São Paulo, jan/jun. 1982, n. 19-20 – p 185.

<sup>22</sup> MELO, José Eduardo Soares de. ISS – aspectos teóricos e práticos. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2003 - p. 50-54.

<sup>23</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à constituição de 1988: sistema tributário. 6ª. ed..Rio de Janeiro: Forense, 1996 - p. 265.

<sup>24</sup> HARADA, Kiyoshi Direito financeiro e tributário. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2003 - p. 415.

Baptista (2005, p. 230) cita os seguintes doutrinadores como defensores da taxatividade restrita da Lista de Serviços: Ruy Barbosa Nogueira<sup>25</sup>, Paulo Roberto Cabral Nogueira<sup>26</sup>, José Afonso da Silva<sup>27</sup>, Ozíres de Azevedo Lopes<sup>28</sup>, João Luiz Coelho da Rocha<sup>29</sup>, José Nabantino Ramos e Vera Damiani Vergueiro<sup>30</sup>.

Consideramos que a expectativa de uma atuação legislativa com capacidade de levar a bom termo a tarefa de elencar de forma, ao mesmo tempo justa e precisa, os serviços passíveis de tributação pelo ISSQN, não é razoável. A tentativa de alcançar objetivo de tal envergadura levaria o legislador a lançar mão de uma quantidade absurda de terminologias e nomenclaturas sem, no entanto, concluir a tarefa a contento. A segurança jurídica motivaria uma empreitada com perspectiva nada promissora, e, na busca desta suposta segurança jurídica, obteríamos situações de profunda injustiça, pois bastaria que o legislador omitisse uma terminologia para que determinado prestador fosse excluído do universo da incidência, enquanto outros contribuintes, prestando serviços de mesma natureza, permaneceriam dentro deste universo.

Como já dissemos anteriormente, defendemos a corrente que rechaça a interferência do legislador complementar na autonomia municipal, mas considerando que este entendimento não encontra respaldo na jurisprudência, acreditamos que a lista de serviços somente pode ser entendida como cláusulas gerais, com a capacidade plástica de se amoldar às constantes alterações de forma para serviços de natureza similar.

---

<sup>25</sup> NOGUEIRA, Ruy Barbosa e NOGUEIRA, Paulo Roberto Cabral. Taxatividade da lista de serviços e aplicação de seus itens. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 255, 1976 - p. 77; e Direito Tributário Aplicado e comparado. v.2. Rio de Janeiro: Forense - p. 294.

<sup>26</sup> NOGUEIRA, Ruy Barbosa e NOGUEIRA, Paulo Roberto Cabral. Taxatividade da lista de serviços e aplicação de seus itens. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 255, 1976 - p. 77; e Direito Tributário Aplicado e comparado. v.2. Rio de Janeiro: Forense - p. 294.

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. Imposto municipais. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 2, 1972. - p. 147. Apud NOGUEIRA, Ruy Barbosa e NOGUEIRA, Paulo Roberto Cabral. Direito Tributário aplicado e comparado, v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1977 - p. 300.

<sup>28</sup> LOPES, Ozires de Azevedo. O sistema constitucional tributário. Anais do simpósio sobre o sistema tributário nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982 - p. 90.

<sup>29</sup> ROCHA, João Luiz Coelho. A "espacialidade" do ISS e o estabelecimento prestador. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 48, 1999 – p. 88.

<sup>30</sup> RAMOS, José Nabantino; VERGUEIRO, Vera Damiani. Imposto sobre serviços: direito constitucional e federal; legislação, doutrina, jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975 - p. 76.

Costa (2004, p. 42 e 43) defende a utilização de cláusulas gerais como técnica legislativa, afirmando que as mesmas são válidas, modernas, bem como facilitam “a adequação da legislação às novas demandas sociais.” Acrescenta ainda:

“É preciso afirmar, sem medo, que a segurança jurídica não é obtida necessariamente através da legalidade estrita, é dizer, da normatização tipológica. Pelo contrário, bastas vezes é justamente a legalidade estrita que gera uma formalização excessiva das relações jurídicas, de tal modo que termina por quebrar a paridade que deve haver entre contribuintes, passando muitos a utilizar as limitações da legislação tipológica para excluírem do dever de recolher tributos. A legislação detalhista e taxativa termina por levar a um formalismo extremado, resquício de um romantismo jurídico exprobatível. Não protege os contribuintes: apenas auxilia aqueles que podem obviar a legislação excessiva e confusa, escondendo-se nas franjas das lacunas que sempre existirão.”

Em 1973, o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado favoravelmente à interpretação da lista: “A lista dos fatos geradores do imposto sobre serviços é taxativa, mas comporta interpretação ampla e analógica.” (Recurso Extraordinário nº 75.952/73 – Relator Sr. Ministro Thompson Flores).

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a lista de serviços é taxativa, embora comporte interpretação extensiva, como pode ser observado na decisão transcrita a seguir:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISSQN. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. Embora **taxativa, em sua enumeração, a lista de serviços admite interpretação extensiva**, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços correlatos àqueles previstos expressamente. Precedentes do STF e desta Corte. 2. Esse entendimento não ofende a regra do art. 108, § 1º, do CTN, que veda o emprego da analogia para a cobrança de tributo não previsto em lei. Na hipótese, **não se cuida de analogia, mas de recurso à interpretação extensiva**, de resto autorizada pela própria norma de tributação, já que muitos dos itens da lista de serviços

apresentam expressões do tipo "congêneres", "semelhantes", "qualquer natureza", "qualquer espécie", entre outras tantas. 3. **Não se pode confundir analogia com interpretação analógica ou extensiva.** A analogia é técnica de integração, vale dizer, recurso de que se vale o operador do direito diante de uma lacuna no ordenamento jurídico. Já a interpretação, seja ela extensiva ou analógica, objetiva desvendar o sentido e o alcance da norma para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão. **A norma existe, sendo o método interpretativo necessário, apenas, para precisar-lhe os contornos.** 4. A ausência de debate pela Corte a quo acerca da natureza jurídica individual de cada serviço enumerado pela Fazenda Pública no auto de infração e a possibilidade de incidência do tributo, a despeito da oposição de embargos declaratórios, impedem o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 211/STJ. 5. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp 693278 / PR - Ministro Castro Meira – Segunda Turma – **28/11/2006**) (grifos nossos)

Portanto, o STJ faz clara distinção entre analogia e interpretação extensiva ou analógica, a qual vem ao encontro do nosso entendimento a respeito da norma em questão. A posição de Martins S. (2000, p. 177) contribui com este entendimento, ao afirmar que:

"A interpretação da lista será feita, evidentemente, de acordo com as regras da Hermenêutica e com as formas de interpretação de qualquer norma legal. Algumas peculiaridades devem ser observadas. A primeira observação a ser feita é a de que a lista de serviços abrange não só o gênero mas também as espécies do serviço descrito."

Entendemos que o elemento chave para pacificar esta questão é a natureza do serviço. Somente buscando, não o nome, mas a natureza do serviço, alcançamos a justiça na lei, pois seria inaceitável que atividades econômicas de mesma natureza sofressem tratamento tributário diverso. A dinâmica social sempre fará com que serviços com novas nomenclaturas se apresentem e caberá ao intérprete e ao aplicador a verificação de sua natureza e sua identificação na lista de serviços, fato que, de forma alguma configura inclusão de novos fatos na lei, mas, apenas identificação de fatos previstos na lei. Se adotássemos a interpretação literal da lista de serviços, bastaria ao contribuinte alterar o nome do serviço prestado para eximir-se da tributação municipal. É na esteira da justiça que defendemos o entendimento da lista de serviços como cláusulas gerais, por considerarmos

que somente com este entendimento conseguiremos que um único tratamento tributário alcance toda a gama de contribuintes do ISSQN.

#### **IV – INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E A TAXATIVIDADE DA LISTA**

Trazendo agora a questão para o foco principal do presente trabalho, antes da edição da Lei Complementar 116/2003, as instituições financeiras e equiparadas argumentavam que os únicos serviços por elas executados passíveis de tributação pelo ISSQN seriam aqueles identificados nos itens 95 e 96 da Lei Complementar 56/87. Ao longo dos anos, inúmeras situações para o aprofundamento desta discussão foram fornecidas pelas instituições financeiras, pois esta argumentação era repetida em quase todas as homologações. Ainda encontramos este argumento em defesas, uma vez que o lançamento por homologação têm prazo decadencial de cinco anos a partir do fato gerador e a lei aplicável é aquela vigente à época da ocorrência do mencionado fato. Sob a perspectiva deste argumento, a fiscalização municipal deveria se ater exclusivamente aos itens da lista em que as instituições financeiras fossem literalmente citadas.

A maioria destes argumentos deveria ter sido superada pela edição da Lei Complementar 116/2003, mas continua sendo tema de defesa por parte dos contribuintes ancorados na polêmica da taxatividade.

As decisões do STJ demonstram que o posicionamento doutrinário no sentido de uma taxatividade restrita da lista de serviços, impedindo qualquer tipo de interpretação dos itens elencados, não encontra acolhimento na jurisprudência. De outra forma, é indefensável a não tributação de contribuinte que preste serviço expressamente previsto na lista<sup>31</sup>, o que faz com que a ambição das instituições financeiras e equiparadas em limitar a tributação dos serviços prestados pelas mesmas a itens específicos, excluindo outros serviços definidos na lista sem especificação de contribuinte, seja deplorável, uma vez que tenta garantir uma situação absurdamente privilegiada para contribuintes com alargada capacidade contributiva.

Certamente, quando determinada instituição financeira presta qualquer serviço passível de enquadramento na lista, o mesmo será tributável, seja ele de fornecimento de mão-de-obra,

---

<sup>31</sup> Salvo isenção, prevista em lei municipal específica (vide § 6.º do art. 150 da CF/88).

ele de fornecimento de mão-de-obra, intermediação de qualquer espécie, expediente, planejamento, consultoria, a despeito de tal serviço constar do objetivo social da instituição. A Constituição Federal não outorgou prerrogativa para lei complementar listar contribuintes, mas somente para listar as hipóteses de incidência do ISSQN, de forma que qualquer pessoa física ou jurídica que execute um dos serviços previstos na lista, automaticamente é contribuinte do ISSQN, independente, repetimos, de ter em seu objetivo social a atividade.

A Lei Complementar 116/2003 trouxe uma grande ampliação dos itens da lista de serviços específicos para instituições financeiras e equiparadas. Consideramos que esta inclusão é em grande parte um reflexo do trabalho de fiscalização de diversos municípios e certamente veio reduzir o nível de conflito levado ao judiciário por estas instituições. No entanto, consideramos esta medida um indicador de fragilidade do sistema jurídico, uma vez que a maioria destes itens já existia na lista como gêneros, sendo questionável a necessidade de pontuar analiticamente os mesmos como espécies.

Mangieri (2003, p. 106) corrobora nosso entendimento e, ao tratar de serviços bancários, afirma:

"... não é preciso que estejam elencados expressamente na lista (isto não vale apenas para as atividades bancárias, mas para qualquer outra) todas as espécies de serviços a serem prestados, mesmo porque a realidade é dinâmica, bastando que o legislador conste o gênero dos quais o interprete extrai as espécies. ... Idêntico entendimento aplica-se às denominações dadas, pelos prestadores, ao próprio serviço ou a conta que registra o recebimento do preço pago pelo mesmo, pois o importante é a natureza real do que representa, isto é, o serviço efetivamente prestado."

Destacamos que as instituições financeiras e equiparadas são controladas pelo Banco Central do Brasil e têm um plano de contas preestabelecido e específico: Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (COSIF). No entanto, este plano de contas é sintético e as instituições financeiras e equiparadas têm permissão para criar subcontas analíticas, possibilitando um maior detalhamento de cada receita. Seria de todo descabido que esperássemos que a lista trouxesse discriminados todos os serviços com os nomes e expressões que, por necessidades internas, operacionais, técnicas e contábeis, as próprias instituições criaram. A todo momento, novas necessidades operacionais e contábeis

serão motivação para criação de novas nomenclaturas técnicas não previstas na lista. Se abraçarmos o entendimento de que a lei complementar deverá ser alterada a cada alteração da terminologia utilizada por estas instituições, o legislador complementar ficaria a mercê das necessidades operacionais, técnicas e contábeis das instituições financeiras e equiparadas, alterando interminavelmente a lista de serviço, sob pena de injustamente permitir que determinado serviço, de mesma natureza que outro já constante da lista em vigor, fique fora do campo de incidência. É o império da irracionalidade.

A doutrina abraça nosso entendimento e Mangieri (2001, p. 121) argumentava, quando da vigência do Decreto-Lei 406/68:

"Ao contrário das listas anteriores, a atual prevê dois itens específicos para a tributação dos bancos - 095 e 096, o que não impede, contudo, a oneração das demais atividades eventualmente praticadas e que possam ser enquadradas em outros itens determinados pela lista de serviços tributáveis. Também não importa a nomenclatura dada pela contabilidade ao serviço realizado. Desde que este se amolde perfeitamente a determinado item da lista, será procedente a tributação pelo ISS. Assim, não é preciso que estejam elencadas expressamente na lista (isso vale não só para as atividades bancárias, mas para qualquer outra) todas as espécies de serviços a serem prestados, mesmo porque a realidade é dinâmica, bastando que o legislador conste os gêneros dos quais o intérprete extrai as espécies."

Felizmente, as decisões judiciais que tratam especificamente de instituições financeiras e equiparadas nos levam a concluir que o Município pode tributar todos os serviços prestados pelas instituições financeiras e equiparadas desde que previstos em lei complementar, sendo majoritário o entendimento de que os itens da lista de serviços admitem interpretação extensiva, pois representam expressões genéricas, das quais podemos extrair as espécies de mesma natureza. É o que podemos verificar em decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, transcrita a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – TRIBUTÁRIO - ISS - **SERVIÇOS BANCÁRIOS** - LEI COMPLEMENTAR N. 56/87 - LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68 – ITENS 95 E 96 - **INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - POSSIBILIDADE**. A jurisprudência majoritária desta Corte se firmou no sentido de que é taxativa a lista anexa ao Decreto-lei n. 406/68. A referida lista, contudo,

**ao estabelecer quais serviços sofrem a incidência do ISS, comporta interpretação extensiva, a fim de abarcar os serviços correlatos àqueles previstos expressamente**, uma vez que, **se assim não fosse, ter-se-ia, pela simples mudança de nomenclatura de um serviço, a incidência ou não do ISS**. Precedentes. Agravo Regimental improvido.” (Superior Tribunal de Justiça - AgRg no Ag 577.068/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.08.2006, DJ 28.08.2006 p. 262) (grifos nossos)

Acrescentamos que, em alguns julgados, encontramos como critério complementar ao enquadramento do serviço na lista para atividade exercida por instituição financeira o fato desta atividade não ser fato gerador do imposto federal sobre operações de crédito. Esse entendimento é encontrado na decisão do TJMG de 22/08/2006:

“AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ISSQN. SERVIÇOS BANCÁRIOS LISTADOS EM LEI COMPLEMENTAR. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI 406/68. **TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS ITENS. SENTENÇA REFORMADA**. As atividades exercidas pela instituição financeira, **ainda que não inseridas no universo das operações tipicamente bancárias**, estão sujeitas à incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, eis que, além de incluídas na competência tributária municipal e não sujeitas a imposto federal ou estadual, **efetivamente se tratam de serviços que o banco presta e pelos quais cobra de seus clientes**, não se olvidando que, embora taxativa a lista de serviços, há que se reconhecer, por outro lado que **cada item da lista comporta interpretação extensiva, não se submetendo à nomenclatura ali prevista**. Precedentes. Recurso provido.” (grifos nossos) (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.05.632161-5/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): FAZENDA PÚBLICA MUNICÍPIO BELO HORIZONTE - APELADO(A)(S): BANCO COMERCIAL INV SUDAMERIS S/A - RELATOR: EXMO. SR. DES. CORRÊA DE MARINS. Data do Acórdão: **22/08/2006**. Data da Publicação: 22/09/2006). (grifos nossos)

A Súmula nº 588 do Supremo Tribunal Federal, datada de 1976, determina: “O imposto sobre serviços não incide sobre os depósitos, as comissões e taxas de desconto, cobradas pelos estabelecimentos bancários.” Baptista (2005, p. 387), em análise essa

súmula afirma que "... a Corte partiu do pressuposto de que não poderiam ser tributadas, pelo ISS, quaisquer atividades, ainda que identificáveis como prestação de serviços, quando alcançadas pela incidência dos tributos federais." Encontramos em alguns julgados a análise da incidência ou não do imposto federal como forma de identificar a tributação do ISS.

Mangieri (2003, p. 108) também considera a verificação da característica financeira como critério de exclusão de incidência do imposto municipal:

"... quaisquer atividades praticadas pelas instituições financeiras, desde que apresentem tipicidade com a lista de serviços e que não se caracterizem como operações de crédito, de câmbio, de seguros, relativas a títulos e valores mobiliários e com outro ativo financeiro ou instrumento cambial devem ser tributadas pelo município a título de ISS."

Entendemos que, admitida a validade da lista definida em lei complementar, é imprescindível a verificação da natureza do serviço a ser tributado: se existe serviço de mesma natureza na lista de serviços o mesmo é tributável, mesmo que os serviços não sejam identificados pela mesma nomenclatura. Podemos verificar se a receita analisada é tributável por imposto federal, mas apenas como forma de dirimir dúvidas, com caráter complementar, jamais substituindo a necessidade da verificação da natureza do serviço.

Mangieri (2003, p. 106) ressalta "... a irrelevância da nomenclatura dada pela contabilidade ao serviço realizado. Desde que este se amolde perfeitamente a determinado item da lista, será procedente a tributação do ISS."

Embora a questão da taxatividade esteja pacificada no Superior Tribunal de Justiça, esta Corte Superior tem se negado analisar a natureza jurídica individual de cada serviço nos recursos levados àquela instância, como podemos verificar no final das decisões dos recursos especiais REsp 693278 / PR de 28/11/2006, transcritas anteriormente<sup>32</sup>, e REsp 586.739/MG de 23.08.2005, transcritas a seguir:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. 1. Embora taxativa, em sua enumeração, a lista de serviços admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência

---

<sup>32</sup> Página 15, item 4.

do ISS sobre serviços correlatos àqueles previstos expressamente. Precedentes do STF e desta Corte. .... 4. **A revisão do entendimento adotado no acórdão recorrido sobre a natureza dos serviços e sua inclusão no item 46 da Lista do ISSQN demandaria reexame fático-probatório, o que é vedado nesta Corte de Justiça.** 5. Recursos especiais não conhecidos. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp 586.739/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23.08.2005, DJ 19.09.2005 p. 262) (grifos nossos)

Desta forma, fica a cargo do desembargador de segunda instância a análise da matéria fática, a verificação da natureza de cada serviço objeto de homologação e a decisão sobre a tributação ou não destes serviços. Os julgados de instância de segundo grau que defendem a taxatividade restrita da lei são derrubados em terceira instância, mas permanece uma zona cinzenta, estreitamente atrelada a esta questão da taxatividade restrita e que o STJ se recusa a apreciar. Certamente os fiscos municipais estão sendo prejudicados com esta situação e urge que a mesma seja solucionada.

Concluindo, consideramos ser clara a impossibilidade do legislador prever toda a gama de nomenclaturas técnicas utilizadas pelas instituições financeiras e equiparadas quando dos registro das receitas de serviços prestados. Esta impossibilidade pode ser verificada em outros setores de contribuintes, mas é especialmente clara quando tratamos de instituições financeiras e equiparadas. Acreditamos que um entendimento que permitisse às instituições financeiras alterarem a nomenclatura utilizada para registro das receitas de serviços prestados e, com este procedimento unilateral, ficassem livres da tributação pelo ISSQN, afrontaria, principalmente, o princípio da justiça.

## **V – SERVIÇOS VINCULADOS A OPERAÇÕES ATIVAS**

Na atuação de campo da fiscalização, observamos o surgimento de uma nova argumentação, à medida que decisões judiciais determinavam pela interpretação extensiva da lista de serviços: os serviços prestados pelas instituições financeiras vinculadas às chamadas operações ativas não seriam tributáveis pelo ISSQN. Evitando o termo serviço e o substituindo pelo termo atividade, estas instituições passaram a afirmar basicamente que as atividades vinculadas às chamadas operações ativas deveriam ser consideradas complementares e praticadas para consecução de atividades principais, sendo desdobramentos de operações de crédito ou câmbio.

O entendimento desta argumentação implicará numa contextualização e no esclarecimento de algumas peculiaridades próprias às instituições financeiras e equiparadas, que passamos a abordar.

O Banco Central do Brasil, autarquia federal criada em 31.12.64 com a promulgação da Lei nº 4.595/64, é um órgão com funções normativas e executivas e constitui o ápice do Sistema Financeiro Nacional. Autoriza as instituições financeiras e equiparadas a funcionarem, instalarem ou transferirem dependências. É também função do Banco Central do Brasil definir as diversas espécies de instituições financeiras e equiparadas, bem como delimitar e autorizar suas atividades em forma de carteiras.

Os questionamentos quanto à tributação pelo ISSQN dos serviços vinculados às chamadas operações ativas teve origem numa espécie determinada de instituição financeira. Tratados como estabelecimentos bancários na Lei nº 4.595/64, conhecidos como bancos comerciais ou simplesmente como bancos, este tipo de instituição financeira, atualmente adota a forma de instituição múltipla<sup>33</sup>. Neste trabalho, trataremos a instituição financeira em questão apenas como estabelecimento bancário.

Consultando a Lei 4595/64 , art. 17 - Das Instituições Financeiras , e também o MNI - Manual de Normas e Instruções do Banco Central do Brasil, podemos verificar que os estabelecimentos bancários são instituídos para servir como agente do Sistema Financeiro Nacional na captação e aplicação de recursos para o fomento de atividades de interesse da comunidade, atuando como intermediário entre os que dispõem de capital e os que dele necessitam. O cumprimento desta função se realiza, basicamente, através das operações de crédito e de câmbio e estes serviços, especiais e exclusivos de instituições controladas pelo Banco Central, por disposição do art. 153, inciso V da Constituição Federal de 1988, são de competência tributária privativa da União.

---

<sup>33</sup> O Banco Central do Brasil, através da Resolução I.524 de 21.09.88, facultou aos bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, sociedades de crédito imobiliário e sociedades de crédito, financiamento e investimento a organização opcional em uma única instituição financeira, denominada instituição múltipla observando-se as normas legais e regulamentares aplicáveis às carteiras originais.

O Código Tributário Nacional (CTN), em seu art. 63, discrimina o fato gerador do Imposto Sobre Operações Financeiras (IOF):

“Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos 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;

II - quanto às operações de câmbio, a sua efetivação pela 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;

III - quanto às operações de seguro, a sua efetivação pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável;”

IV - quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável.”

Coube ao Banco Central do Brasil o detalhamento dos conceitos relacionados ao fato gerador do Imposto Sobre Operações Financeiras definidos no art. 63 do CTN. Esta autarquia, através de normas regulamentares, discriminou o que são operações de crédito, financiamentos, empréstimos, operações de câmbio e demais atividades tributáveis por este imposto federal.

As atividades exercidas pelos estabelecimentos bancários no cumprimento de seus objetivos, podem ser classificadas em dois grupos de naturezas distintas: atividades principais e atividades acessórias.

As atividades principais são as operações de crédito e de câmbio, conhecidas como operações financeiras por suas conotações monetaristas e estão sujeitas ao Imposto Sobre Operações Financeiras de competência da União (IOF), cujo fato gerador está definido no art. 63 do CTN anteriormente mencionado. As atividades principais podem ser divididas em ativas e passivas.

As atividades principais passivas são aquelas em que a instituição, além dos recursos próprios, atua na captação de recursos para atender às suas diversas funções: depósito a prazo fixo, obrigações contraídas no país e no exterior, poupança, etc.

As atividades principais ativas são aquelas em que a instituição, além dos meios destinados à formação de seu ativo permanente e disponibilidades, atua na aplicação de recursos próprios e de terceiros tais como desconto de títulos, crédito simples e em conta corrente, crédito rural, operações especiais de repasses e refinanciamento, operações de câmbio, aplicação em valores mobiliários, etc. As atividades principais ativas são também conhecidas como **operações ativas**.

As atividades acessórias possuem autonomia própria, têm caráter complementar, suas receitas são específicas e estão vinculadas ao atendimento de particulares, do governo, de empresas estatais ou privadas, em serviços típicos bancários, tais como: emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; ordens de pagamento e transferência de fundos; cadastro, elaboração de ficha cadastral, renovação cadastral; administração de fundos quaisquer, administração de consórcio, administração de cartão de crédito; emissão de cheques de viagem; cobrança, elaboração de ficha cadastral, renovação cadastral; serviços de correspondentes; recebimentos e pagamentos de interesse de terceiros; custódia; saneamento do meio circulante e fornecimento de troco; intermediação de títulos; administração por conta de terceiros; serviços prestados em decorrência de convênios; edição, alteração, prorrogação, cancelamento e baixa de contrato de câmbio; avaliação e vistoria de imóvel ou obra, objeto de crédito imobiliário, análise técnica e jurídica; análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de qualquer natureza etc. Estes são os serviços tributados pelo ISSQN e tem como fato gerador as atividades secundárias e autônomas de prestar serviços que se realizam pelas diversas modalidades de operações acessórias. A base de cálculo é o preço do serviço e o contribuinte é a instituição financeira.

Durante a construção da argumentação que defende a não tributação pelo ISSQN dos serviços prestados pelos estabelecimentos bancários vinculados às chamadas operações ativas, algumas instituições começaram a alterar a forma de contabilizar estas receitas, reunindo-as em grupamentos contábeis criados para este fim. Alegando que tais

serviços seriam desdobramentos das atividades principais ativas, esta defesa passou a constar da maioria dos questionamentos administrativos e judiciais.

Em nosso entendimento, para que tais serviços fossem desdobramentos das atividades principais ativas deveriam, impreterivelmente, ter a mesma natureza destas atividades; e, se tivessem a mesma natureza das atividades principais ativas, seriam tributados pelo Imposto Sobre Operações Financeiras, uma vez que financeira seria a sua natureza. Nesta situação certamente não teríamos a tributação do ISSQN.

Em verdade os serviços normalmente questionados tratam-se de atividades acessórias, com receitas individualizadas, que possuem autonomia própria e caráter complementar; suas receitas são específicas e natureza totalmente diversa das atividades principais ativas.

A individualização destes serviços é claramente identificável através de um documento obrigatório por determinação do Banco Central: a Tabela de Tarifas de Serviços Bancários. Essa determinação do Banco Central tem o objetivo de deixar claro e preciso para o cliente da instituição qual o serviço está sendo prestado e o montante que está sendo pago, de forma que a Tabela de Tarifas de Serviços Bancários, em conjunto com os lançamentos contábeis, é um instrumento extremamente útil na identificação da matéria tributável do ISSQN de estabelecimentos bancários.

De outra forma, um paralelo entre o ISSQN e o IOF nos leva a constatar que a estrutura de cada um destes impostos é claramente distinta. Enquanto para o IOF o fato gerador, no caso de operações de crédito, ocorre quando da liberação dos recursos referentes ao valor contratual da operação e no caso de operações de câmbio, ocorre quando da liquidação de contrato de importação, para o ISSQN o fato gerador é a realização de atividades secundárias e autônomas de prestar serviços que se concretizam pelas diversas modalidades de operações acessórias. Enquanto a base de cálculo do IOF é o valor do contrato da operação de crédito ou de câmbio, para o ISSQN a base de cálculo é o valor total recebido ou devido em consequência da prestação de serviço, isto é, o preço do serviço executado. Enquanto o contribuinte do IOF é, na operação de crédito, o cliente e na operação de câmbio, o importador<sup>34</sup>, no ISSQN o contribuinte é a instituição financeira.

---

<sup>34</sup> No caso do IOF, a instituição financeira é responsável tributária: cabe à mesma a responsabilidade pela cobrança do imposto e seu recolhimento ao Banco Central.

Não há como se confundir os fatos geradores do ISSQN e do IOF, tendo em vista esta distinção. No entanto, as instituições financeiras procuram em suas defesas vincular esses dois fatos geradores demonstrando uma clara intenção: esquivar-se da obrigação tributária. Neste sentido Mangieri (2001, p. 121) afirma:

"As instituições bancárias desenvolvem dois tipos de atividades: as principais, que consistem basicamente em operações de crédito e câmbio sujeitas a IOF; e as secundárias ou acessórias, verdadeiras prestações de serviços **alheias ao âmbito financeiro.**" (grifos nossos)

Foi delegada à União a competência para tributar as atividades classificadas como principais e neste caso, o contribuinte do imposto é o devedor do contrato de empréstimo, ou o cliente da instituição financeira, e não a instituição financeira em si. Ao Município, foi delegada a competência para tributar a atividade de prestar serviços que, nas instituições financeiras, correspondem a atividades secundárias e autônomas. A incidência do ISSQN recai sobre as rendas específicas dessas operações, ou seja, sobre o preço dos serviços e o contribuinte deste imposto é a instituição financeira, por ser ela a prestadora dos serviços.

Com o advento da Lei Complementar 116/03, Mangieri (2003, p. 106) afirma que "a nova lista chega a quase esgotar o assunto, prevendo as mais variadas atividades secundárias executadas atualmente pelas instituições financeiras". Na prática, os questionamentos apenas mudam de roupagem, como podemos ver nesta vinculação com operações ativas e nos temas abordados nos dois itens finais.

## **VI – ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM**

Outro enfoque utilizado pelas instituições financeiras em suas defesas, argumenta que determinados serviços considerados pelo contribuinte como atividade-meio ou complementares não seriam tributáveis pelo ISSQN. Na realidade, esta é apenas outra versão para questionar a tributação de serviços que mantenham alguma relação com as chamadas operações ativas, que, neste caso, são denominadas atividades-fim.

A ocorrência de decisões sustentando a não tributação de serviços prestados por instituições financeiras e equiparadas, por estarem vinculados a atividades-fim,

tem servido de estímulo para que estas instituições persistam com este argumento. É o caso da decisão transcrita a seguir:

ISS - SERVIÇOS ACESSÓRIOS PRESTADOS POR BANCOS - TAXATIVIDADE DA LISTA. Os serviços bancários não incluídos na lista anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, 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 é taxativa, não se admitindo a aplicação da analogia, visando a alcançar hipóteses de incidência diversas das ali consignadas. (TJMG – Proc. 320345-2/000 – Relator Desembargador Edivaldo George dos Santos - Publicado em 05/09/2003) (grifos nossos)

Mas, de forma genérica, os serviços prestados pelas instituições financeiras têm a finalidade específica de atender às necessidades do cliente ou atender a controles internos ou a determinações do órgão normatizador da atividade (Banco Central do Brasil). A natureza dos serviços não é afetada por sua correlação direta com outros serviços, ou seja, o fato de guardarem relação com receitas sujeitas ao Imposto sobre Operações Financeiras, não afeta sua natureza de serviço, mesmo porque os preços das duas atividades são totalmente distintos. Os serviços considerados como atividade-meio pelas instituições financeiras são prestados a clientes e usuários da instituição mediante remuneração e as receitas destes serviços são consignadas em registros contábeis próprios e independentes.

Os termos atividade-meio e atividade-fim referem-se a uma determinada espécie de serviço que pode ser cumprido por etapas. Obviamente somente podemos falar de serviço em etapas se tais etapas tiverem a mesma natureza, ou seja, se forem o mesmo serviço cumprido de forma fragmentada. Certamente esta não é a condição encontrada para os serviços que forçosamente as instituições financeiras procuraram encaixar na terminologia atividade-meio. Como já afirmamos anteriormente, se tivessem a mesma natureza da chamada atividade-fim seria então tributável pelo Imposto sobre Operações Financeiras, uma vez que a atividade-fim das instituições financeiras tem natureza financeira.

Nas palavras de Diniz (2005, p. 437) uma atividade-meio “... não é apreciável economicamente, seja porque não constitui o objeto do contrato, seja ainda

porque é desenvolvida pelo prestador em seu próprio benefício e não do contratante.” . Definitivamente não é o caso das atividades acessórias e autônomas de prestar serviço, inclusive porque tais serviços são individualizados na Tabela de Tarifas de Serviços Bancários, já mencionada. Portanto, são apreciáveis economicamente e certamente não são desenvolvidas pelo prestador em seu próprio benefício, caso em que não constariam em qualquer tabela de tarifas.

Concordamos com Baptista (2005, p. 395) quando afirma que “quando os serviços estiverem diluídos no contexto de uma operação de crédito, por exemplo, e sua remuneração integrar o preço global cobrado pela instituição financeira, não caberá falar em ISS.” Certamente esta não é a descrição dos serviços levantados pela fiscalização: os serviços objeto de tributação são aqueles que tem seu preço individualizado nas tabelas de tarifas e/ou na escrituração contábil. Para a incidência do ISS é necessário que o preço do serviço esteja individualizado e é por este motivo que a Tabela de Tarifas de Serviços Bancários, em conjunto com a escrituração contábil, tem seu valor comprobatório destacado.

O art. 1º da LC 116/03 buscou solucionar este questionamento ao determinar como fato gerador a prestação de serviços, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. Diniz (2005, p. 438) afirma que a alteração introduzida pela Lei Complementar 116/03, através da parte final da cabeça do art. 1º, que enuncia, “ainda que estes não se constituam como atividade preponderante do prestador”, não inova para tributar atividade-meio, mas apenas determina pela análise de cada serviço, sendo necessário para a tributação que o mesmo “tenha conteúdo econômico, constitua manifestação de capacidade contributiva e se conforme aos pressupostos constitucionais do referido imposto” condições que entendemos pertinentes.

Retornando à questão de algumas instituições financeiras argumentarem que ao executarem atividades-meio estariam prestando serviço para a própria instituição financeira, recorreremos a Mangieri (2003, p. 112) que afirma:

“... Pode-se argumentar, com o abono de alguns julgados, que o banco não está à disposição da população para a prática de serviços de secretaria, expediente e congêneres. Daí falar-se em atividade-meio para a consecução da finalidade almejada, somente esta última podendo ser tributada. ... É certo que a instituição financeira não foi criada para prestar serviços de expediente. Ao contrário, faz parte de

sua natureza as operações financeiras (emprestar dinheiro e cambiar a moeda). ...Nesta linha, a partir do momento em que o serviço é cobrado de modo autônomo e com preço superior ao realmente gasto pela instituição, fica patente a existência do elemento finalidade lucrativa, afastando a idéia de serviço prestado para si próprio, o que desnaturaria o fato jurídico em questão.”

Portanto, além das atividades financeiras sujeitas ao IOF, as instituições financeiras exercem outras, denominadas acessórias ou complementares que, como quaisquer outras atividades de empresas que prestam serviços, estão sujeitas ao ISS. São serviços cobrados mediante tabelas de tarifas emitidas pelo estabelecimento bancário e lançados contabilmente, permitindo a análise de sua natureza. O fato da instituição financeira afirmar que são atividades-meio apresenta-se inócuo, pois se foram prestados, remunerados, contabilizados e tem a natureza de serviço previsto na lista, serão tributáveis pelo ISSQN, pois a lei não especifica que será tributada somente a atividade-fim, o que ela prevê é a tributação dos serviços prestados, não a finalidade dos mesmos.

## **VII – SOBRE A CONTABILIZAÇÃO CENTRALIZADA**

Ao tratar desta questão poderíamos, inadvertidamente, considerar que se trata do critério espacial da incidência do ISSQN. Veremos, no entanto, que a questão levantada neste item, tangencia o critério espacial, mas ultrapassa esta questão, uma vez que, para as receitas aqui abordadas, mais importantes são outros elementos que interferem na tributação.

O critério espacial da incidência do ISSQN é controverso e vem demandando divergência nos posicionamentos doutrinários. Encontramos na doutrina defesas calorosas tanto para a incidência no local da prestação de serviço, quanto para a incidência no local do estabelecimento prestador.

Entendemos que, se fosse intenção do legislador alterar a regra de incidência, o teria feito através da Lei Complementar 116/2003. Mas esta lei em seu art. 3º manteve, como regra, a incidência do ISSQN vigente no Decreto-Lei 406/68: o critério do estabelecimento prestador. Esta é a nossa posição, embora pouca diferença faça para o tema em questão.

De outra forma, a definição do estabelecimento prestador nos interessa. Na nova lei encontra-se no art. 4º, transcrito a seguir:

“Art. 4º - Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quais quer outras que venham a ser utilizadas.”

Este detalhamento na definição de estabelecimento prestador demonstra a intenção do legislador em não permitir que o contribuinte utilize-se de quaisquer denominações para o estabelecimento prestador como forma de fugir à tributação pelo ISSQN. Vejamos como as instituições financeiras estão tentando burlar a intenção do legislador.

Existe uma série de serviços prestados por instituições financeiras, para os quais encontramos material de propaganda (“folders”) disponibilizados aos clientes no estabelecimento, muitas vezes previstos na Tabela de Tarifas de Serviços Bancários, oferecidos e utilizados pelos clientes da agência mas, para os quais o registro contábil é feito na matriz da instituição, numa tentativa de impedir a análise daquele registro pela fiscalização municipal onde está localizada a agência bancária e, conseqüentemente, impedir a tributação por aquele município. São serviços de naturezas diversas tais como serviços de recebimento e cobrança prestados a órgãos públicos federais e suas autarquias, comissões recebidas pela intermediação de seguros diversos, tarifas pela prestação de serviços vinculados ao crédito imobiliário e à carteira de câmbio, intermediação de cartões de crédito, etc. A justificativa para essa contabilização centralizada por parte da instituição seria o fato de que tais serviços são apenas captados pela agência, mas os recursos para efetivação do serviço seriam disponibilizados pela matriz da instituição.

Para o caso de serviços, como os de recebimento e cobrança prestados a órgãos públicos federais e suas autarquias, intermediação de seguros diversos ou intermediação de cartões de crédito esta argumentação não faz qualquer sentido, uma vez que não existe qualquer etapa de disponibilização de recursos pela instituição financeira.

Quem procede ao recebimento ou cobrança, quem faz a intermediação do seguro ou do cartão de crédito é a filial em questão.

Para os demais serviços, tais como tarifas pela prestação de serviços vinculados ao crédito imobiliário e à carteira de câmbio, esta argumentação não procede, como veremos a seguir.

Vamos considerar, por exemplo, que um cliente se dirigiu a uma agência bancária e, direcionado pela propaganda disponível no local, buscou um financiamento imobiliário. Os funcionários daquela agência vão atendê-lo e prestar os serviços necessários à efetivação do contrato de financiamento. Mesmo que posteriormente os recursos do financiamento sejam disponibilizados pela matriz, está será a parte financeira da operação, enquanto os serviços já foram prestados pelos funcionários da agência.

Devemos considerar ainda que o cliente é elemento imprescindível à efetivação do serviço. Sem o cliente, que se reporta à agência bancária, não existe a prestação. É ele o alvo da propaganda (“folders”) distribuída na agência cujo objetivo é direcionar o cliente para contratação de algum dos produtos disponibilizados. É também em função do cliente que a Tabela de Tarifas de Serviços Bancários é disponibilizada na agência. Portanto o cliente, tomador do serviço, é o componente mais importante da prestação.

A atividade principal, objeto do imposto federal, pode ter sido executada pela matriz, mas com certeza a atividade acessória, objeto do imposto municipal, foi executada pela agência à qual o cliente se reporta. É a atividade acessória, objeto do imposto municipal, que a instituição financeira chama de captação. Somente a agência, que tem contato direto com o cliente, tem condições de levantar os elementos necessários, no exemplo, para a liberação do crédito, e é a atividade acessória de serviços de pesquisa, cadastro e expediente a matéria tributável pelo ISSQN.

É no município onde está estabelecida a agência que se situa o elo indispensável à existência da relação jurídica referente ao ISSQN: o usuário dos serviços. Neste Sentido, Caliendo (2004, p. 536) afirma:

“No caso do serviço ser contratado com cliente em agência local, por exemplo Maceió, e fornecimento em outro município, por exemplo Barueri, entende-se que a atividade realizou-se por meio do “estabelecimento de contato” gerando aqui, e não lá, a incidência do ISS, salvo se a consumação ocorrer via Internet ou bankphone.”

A agência bancária, além de representar a localização do tomador e conseqüentemente, o local onde se encontra a riqueza que irá remunerar o serviço prestado, é um estabelecimento que possui toda a infra-estrutura necessária à prestação do serviço, não se tratando de uma forma precária de estabelecimento. O serviço é prestado pela agência e no município deste estabelecimento esta receita deve ser tributada, independentemente da forma de contabilização desta receita.

Dentro dos princípios gerais do COSIF, encontramos no item sobre escrituração, o sub-item 6: “A forma de classificação contábil de qualquer bem, direitos e obrigações não altera, de forma alguma, as suas características para efeitos fiscais e tributários” . Desta forma, a caracterização do fato gerador da obrigação tributária não depende da denominação dada ao serviço prestado ou de sua escrituração centralizada.

O Banco Central não proíbe esta contabilização centralizada, mas a mesma não pode ser utilizada com intenção de lesar os cofres públicos municipais. No nosso entendimento, a contabilização centralizada caracteriza-se como mais um subterfúgio utilizado pelas instituições financeiras e equiparadas para fugir à tributação municipal.

## **CONCLUSÃO**

Nossos antecedentes históricos não são favoráveis a um espírito de cooperação em questões tributárias. Afinal, foram os excessos fiscais do governo português que desencadearam o primeiro movimento que, com clareza, manifestou a intenção da colônia em romper suas relações com a metrópole. Os resultados destes antecedentes podem ser percebidos pela conivência com atos que buscam evitar a tributação.

Não há como alcançarmos uma nova ordem social sem a cooperação de toda a sociedade e, por uma questão de justiça, devem contribuir mais aqueles que possuem maior capacidade contributiva. Mas, uma proposição de tão fácil entendimento, jamais se efetivará enquanto aqueles que possuem maior capacidade contributiva continuarem a usar

seu poder econômico para esquivar-se da tributação, deixando o fardo social sobre os ombros do elo mais fraco da corrente. É de se perguntar, inclusive, por que o imposto sobre grandes fortunas permanece em estado potencial.

Considerando que a lista de serviço encontra acolhida pela maior parte da doutrina e da jurisprudência, defendemos que a mesma somente pode ser entendida como cláusulas gerais, indicando gêneros passíveis de se extrair as espécies. Esta é a forma mais justa de interpretar a lista de serviços: tributando da mesma forma, serviços de mesma natureza. São tributáveis pelo ISSQN todas as rendas advindas de atividades claramente tipificadas como prestação de serviços, perfeitamente enquadradas na lista de serviços, ainda que sob outra nomenclatura que não aquela idêntica à da lista. Defender uma situação privilegiada para instituições financeiras, restringindo sua tributação a itens específicos, além de equivocado, fere o princípio da justiça.

As instituições financeiras, para exercer suas atividades creditícias, conhecidas como operações principais, presta uma série de outras atividades, denominadas operações acessórias. Estas atividades são desvinculadas entre si, possuem autonomia própria, sendo também específicas as suas receitas. As atividades acessórias são serviços típicos prestados à clientela ou usuário, cujas receitas jamais se caracterizam como parcelas ou frações de receitas provenientes das operações de crédito ou de câmbio.

O serviço prestado pela agência é devido por esta agência e este entendimento independe do critério espacial do ISSQN, uma vez que no mesmo município onde é prestado o serviço, encontra-se o estabelecimento prestador. A contabilização centralizada das receitas de serviço não pode ser instrumento para fugir à tributação.

Concluindo, existe fundamentação mais do que suficiente, tanto econômica quanto jurídica, para buscarmos recursos públicos através da pesquisa e enquadramento na listas de serviços das receitas de atividades acessórias e autônomas executadas pelas instituições financeiras e equiparadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, 10a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BAPTISTA, Marcelo Caron. **ISS: do Texto à Norma**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BUARQUE, Cristóvão. **A Pobreza da Riqueza**, Acesso em 17/02/2007. Endereço: [http://www.portalbrasil.net/reportagem\\_cristovambuarque.htm](http://www.portalbrasil.net/reportagem_cristovambuarque.htm)

CALIENDO, Paulo. **O ISS Incidente sobre os Serviços Bancários e Financeiros**. In *ISS LC 116/2003*. MARTINS, Ives Gandra da Silva e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

CARRAZA, Roque Antônio. **Imposto sobre Serviços**, Revista de Direito Tributário”, no. 48, abril/junho 1989.

CHIESA, Clélio. **ISS – O Velho Problema da Função da Lei Complementar na Regulamentação do Imposto Sobre Serviços**. In *ISS LC 116/2003*. MARTINS, Ives Gandra da Silva e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

COELHO, Sacha Navarro Calmon. **Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário**, 2a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

COSTA, Adriano Soares da Costa. **Breves Notas sobre a LC 116/03 e as Cláusulas Gerais: os Limites da Taxatividade**. In *ISS LC 116/2003*. MARTINS, Ives Gandra da Silva e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

Diário do Comércio – Site. **A Insuportável Carga Tributária Empresarial Brasileira**, acesso em 15/02/2007. Endereço: <http://www.dcomercio.com.br/especiais/tributaria/#>

DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **O ISS e a Lei Complementar 116/03: Locação de Bens, Cessão de Direitos e “Atividades-Meio”**. In *ISS LC 116/2003*. MARTINS, Ives Gandra da Silva e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FIGUEIREDO, Adriana Samato, MOTA Douglas.– **Aspectos Relevantes da Nova Lei de ISS.** *In ISS LC 116/2003.* MARTINS, Ives Gandra da Silva e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

MANGIERI, Francisco Ramos - **ISS - ISSQN Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza**, 1ª ed. Bauru (SP): Edipro, 2001.

MANGIERI, Francisco Ramos - **ISS : teoria, prática e questões polêmicas/ ISSQN – Imposto sobre Serviços de qualquer natureza -**, 3ª Edição, rev., atual. e ampl., Bauru (SP): Edipro , , 2003.

Manual de Normas e Instruções (MNI) – editado pelo Banco Central do Brasil.

MARTINS, Ives Gandra da Silva/ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. **O ISS e a Lei Complementar nº 116/2003 – Aspectos Relevantes.** *In ISS e a LC 116.* Valdir de Oliveira Rocha (coord.) 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do Imposto sobre Serviços.** 3ª São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Sistema Tributário na Constituição de 1969**, vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços**, 1a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (COSIF) - Vol. I, II e III, editados pelo Banco Central do Brasil.