

WAMBIER
&
ARRUDA ALVIM WAMBIER
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

N 134986.0 - IPR - Tributário - Rafael Pilch

Ilustríssima Autoridade Fazendária Julgadora de Primeira Instância da Prefeitura Municipal de Panambi, Estado do Rio Grande do Sul.

Auto de Infração n.º 15/2016

(Processo 007/2015)



HSBC BANK BRASIL S/A – BANCO MÚLTIPLO, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Travessa Oliveira Bello, n. 34, 4ª andar, Curitiba – PR, inscrita no CNPJ sob o n. 01.701.201/0001-89, vem, respeitosamente, diante de Vossa Senhoria, por seus advogados, constituídos nos termos da procuração anexa, com escritório profissional à Rua Hildebrando Cordeiro, n.º 30, Curitiba, Paraná, para, com base no art. 162, do Código Tributário Municipal (Lei Municipal n. 3.330/2011), apresentar

IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

ao Auto de Infração Fiscal n. 15/2016, lavrado na data de 25/05/2016, pelo Município de Panambi, o que faz com base nos motivos de fato e razões de direito a seguir expostos.

Curitiba: Rua Hildebrando Cordeiro, 30 • Ecoville • Tel. (41) 3336-1323 / (41) 3301-3300 • Fax (41) 3301-3301 • 80740-350 • PR
Ponta Grossa: Praça Marechal Floriano Peixoto, 52 • Centro • Tel. (42) 3225-5532 / (42) 3311-1100 • Fax (42) 3311-1106 • 34010-680 • PR
Florianópolis: Av. Rio Branco, 404, Torre 1, cj. 1206 • Centro • Tel. (48) 3225-2628 / (48) 3733-3700 • Fax (48) 3733-3701 • 88015-200 • SC
Porto Alegre: Av. Getúlio Vargas, 901, cj. 1705 • Menino Deus • Tel. (51) 3232-9902 / (51) 4009-2500 • Fax (51) 4009-2501 • 90150-003 • RS
Sinop: Rua das Castanheiras, 519, sala B • Centro • Tel. (66) 3531-0843 / (66) 3531-0328 • Fax (66) 3531-0843 • 78550-272 • MT
Brasília: SHIS, QI.03, cj. 05, casa 12 • Lago Sul • Tel. (61) 3248-6363 • Fax (61) 3364-2710 • 71620-255 • DF
wambier@wambier.com.br

1. BREVE RETROSPECTIVA.

Em 25/05/2016, o Município de Panambi lavrou o Auto de Infração n. 15/2016, no qual exige o pagamento da quantia de R\$ 65.999,83 (sessenta e cinco mil, novecentos e noventa e nove reais e oitenta e três centavos), referente à suposta diferença de recolhimento de ISSQN incidente sobre serviços bancários.

O Fiscal de arrecadação, após a análise dos balancetes mensais do banco, reputou como devido, a título de ISS, entre os meses de maio/2011 e dezembro/2011, a quantia acima mencionada.

Todavia, como se passa a demonstrar, deve ser declarada a nulidade do Auto de Infração em questão, pois: **(i)** as rubricas ns. 50.20.11-5, 50.20.01-8, 50.08.01-8, 50.08.05-0, 50.02.27-3, 50.02.18-4, 50.01.58-7, 50.01.36-6, 50.01.37-4, 50.01.38-2, 50.01.31-5, 50.01.32-3, 50.01.34-0, 50.01.35-8, 50.04.42-0, 50.04.07-1 e 50.04.10-1 não registram receitas de prestação de serviço, não sendo passíveis, portanto, de tributação pelo ISS; **(ii)** não há a indicação completa da legislação regulamentadora da cobrança do ISS sobre atividades bancárias; **(iii)** não foram indicados os dispositivos da lei municipal que autorizam a incidência de correção monetária, juros e multa; e **(iv)** há divergências nos cálculos que atualizaram o débito supostamente devido.

Além disso, se operou a DECADÊNCIA sobre o direito do Fisco Municipal lançar parte do crédito tributário.

É o que se passa a demonstrar.

2. DECADÊNCIA DO DIREITO DO FISCO LANÇAR PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

APLICAÇÃO DO ART. 150, §4º, DO CTN.

Inicialmente, cumpre destacar que o prazo de decadência do direito do Fisco efetuar o lançamento do crédito tributário é de **cinco anos**, sendo o termo inicial variável de acordo com a modalidade de lançamento.

No caso do ISS (Imposto Sobre Serviços), trata-se de imposto sujeito ao denominado **lançamento por homologação**, e, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a contagem do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário é feita do seguinte modo:

(a) **havendo o pagamento**, ainda que insuficiente, o prazo decadencial de **5 anos** é contado a partir da data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN;

(b) inexistindo pagamento, não há o que se homologar, razão pela qual conta-se o prazo para a decadência (=5 anos) de acordo com a regra geral do art. 173, I, do CTN, isto é, a partir "*do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*".

Pois bem. No caso em exame, o contribuinte efetuou o recolhimento do ISS que entendia como devido. Todavia, a Fazenda Pública, por entender que referido pagamento seria a menor, procedeu ao lançamento da diferença, o que atrai, indubitavelmente, a incidência da regra contida no **§4º do art. 150 do CTN**, que dispõe que o prazo para a constituição dos tributos sujeitos a esta espécie de lançamento é de **5 anos**, contados da ocorrência do **fato gerador**.

Nesse sentido são os ensinamentos de Hugo de Brito Machado Segundo e de Paulo de Tarso Vieira Ramos: "*Em se tratando de lançamento por homologação, o direito de a Fazenda Pública homologar o lançamento – ou, obviamente, de não fazê-lo, e lançar eventuais diferenças – **extingue-se em cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador***. Após o transcurso desse prazo, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário".¹ (g.n.).

1 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e RAMOS, Paulo de Tarso Vieira. Lançamento Tributário e Decadência. In: *Lançamento tributário e decadência*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2002. p. 262.

O E. **Superior Tribunal de Justiça** já se pronunciou nesse sentido. Quando do julgamento do AgRg no REsp n. 720.275-ES, de Relatoria da Il. Min. Denise Arruda, aquela E. Corte Superior assim decidiu: "*Segundo entendimento esposado no âmbito do Recurso Especial n.º 973.733/SC, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, o prazo decadencial para o Fisco constituir o crédito tributário é quinquenal, a contar do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, não havendo de se aplicar cumulativamente os prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173 do CTN.*"². (g.n.).

No presente caso, verifica-se que os fatos geradores ocorreram no período compreendido entre 05/2011 e 12/2011.

Considerando que o HSBC apenas tomou ciência da existência do Auto de Infração n. 15/2016, lavrado contra si, em 30/05/2016, todos os valores referentes a fatos geradores ocorridos anteriormente a 30/05/2011 estão atingidos pela decadência.

Em outras palavras, aplicando-se o disposto no art. 150, §4º, do CTN, verifica-se que se operou a **decadência** do direito do Fisco Municipal lançar os créditos tributários relativos aos **fatos geradores ocorridos entre 01/05/2011 e 30/05/2011**.

Portanto, não se pode exigir o pagamento, por parte do contribuinte, de parte dos valores lançados no Auto de Infração em questão, pois se refere a crédito tributário parcialmente atingido pela decadência.

Assim, pede-se pelo acolhimento da presente impugnação, com o reconhecimento da decadência parcial do crédito tributário consubstanciado no Auto de Infração n. 15/2016 (ref. aos fatos geradores ocorridos entre 01/05/2011

² STJ - AgRg no Ag: 1394456 SC 2011/0008627-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 22/05/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/08/2012

e 30/05/2011), independentemente do acolhimento das demais causas de pedir do Contribuinte.

3. DA IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE AS RUBRICAS OBJETO DO AUTO DE INFRAÇÃO N. 15/2016.

O lançamento materializado no Auto de Infração n. 15/2016, lavrado pelo Município de Panambi, não merece ser mantido, porque as rubricas ns. 50.20.11-5, 50.20.01-8, 50.08.01-8, 50.08.05-0, 50.02.27-3, 50.02.18-4, 50.01.58-7, 50.01.36-6, 50.01.37-4, 50.01.38-2, 50.01.31-5, 50.01.32-3, 50.01.34-0, 50.01.35-8, 50.04.42-0, 50.04.07-1 e 50.04.10-1, não são passíveis de tributação pelo ISS, considerando a natureza e o caráter taxativo da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/2003.

Com efeito, como se passa a demonstrar, somente podem ser tributadas pelo ISS as atividades que constituem efetivamente prestação de serviços ou que tenham previsão legal para tanto.

3.1. A TAXATIVIDADE DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003 E A IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA (ART. 108, § 1º, E 110, DO CTN, E 150, I, DA CF).

Como se sabe, a lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/2003 contém uma relação taxativa dos serviços sujeitos ao ISS, de modo que apenas os serviços indicados na lista poderão se sujeitar à cobrança do imposto.

Nesse contexto, no exercício de suas competências, cumpre à Fazenda Municipal ater-se ao princípio da legalidade e tipicidade da lei, a fim de não fazer nascer prestação de serviço não compatível com a condição taxativa do item 15 (e respectivos subitens) constante na relação de serviços contida na Lei Complementar n. 116/2003.

Com efeito, a Constituição Federal outorgou competência aos Municípios para instituírem ISS (art. 156, III), utilizando a expressão "**serviços definidos em lei complementar**". Sendo assim, nos termos do art. 146, III, da Constituição Federal, não é da competência do Município definir o que é serviço, mas sim do legislador complementar.

A esse respeito, Hugo de Brito Machado ensina que *"o fato gerador do imposto – insista-se neste ponto – é definido pela lei municipal; mas essa definição há de respeitar os limites fixados pela lei complementar, que, por seu turno, não pode ultrapassar os limites decorrentes da norma da Constituição que atribui competência aos Municípios. (...) Da mesma forma que a União Federal não pode tributar as grandes fortunas sem que a lei complementar defina o que como tal há de entender, também os Municípios não podem tributar os serviços de qualquer natureza que não tenham sido definidos em lei complementar"*³.

Não é outro o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça. Quando do julgamento do **Recurso Especial n. 1.111.234/PR**, submetido ao rito dos recursos repetitivos, o E. STJ reconheceu, expressamente, que a Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/68 **É TAXATIVA**, admitindo, contudo, interpretação extensiva para os chamados **serviços congêneres**.

Nesse sentido, confira-se a ementa do acórdão proferido no recurso repetitivo: **"A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres"**.⁴ (g.n)

³ MACHADO, Hugo de Brito. **CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO**. 24ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 399/400.

⁴ REsp1.111.234/PR. Rel. Ministra Eliana Calmon. STJ – Segunda Turma. Publicação: 08/10/2009.

Em decorrência da fixação deste entendimento, inclusive, foi editada a Súmula n. 424, pelo E. STJ, no sentido de que *"é legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987."*

Ocorre, no entanto, que, no presente caso, as rubricas ns. 50.20.11-5, 50.20.01-8, 50.08.01-8, 50.08.05-0, 50.02.27-3, 50.02.18-4, 50.01.58-7, 50.01.36-6, 50.01.37-4, 50.01.38-2, 50.01.31-5, 50.01.32-3, 50.01.34-0, 50.01.35-8, 50.04.42-0, 50.04.07-1 e 50.04.10-1, tributadas pelo Município de Panambi, **não se configuram como serviço e, portanto, não se enquadram em nenhum dos itens da lista de serviços, AINDA QUE POR INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.**

Portanto, o enquadramento das mencionadas rubricas no subitem ns. 15.08 e 15.15, da lista anexa à Lei Complementar 116/2003, conforme pretende a municipalidade, foge da correta interpretação legal, ampliando o seu alcance, em flagrante ofensa ao caráter taxativo que lhe é próprio, justamente porque se tratam de receitas que não envolvem a prestação de serviços e, inclusive, podem ser objeto de outro tipo de incidência tributária.

Tal conduta, além de tudo, resulta no alcance de hipótese de incidência diversa da prevista em lei⁵, afrontando-se, também, o disposto nos art. 37 (a Administração Pública deve obedecer ao princípio da legalidade) e 150, I da CF/88, segundo o qual é vedado aos Municípios *"exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça"*, além dos artigos 146, III e 156, III, ambos da CF/88, segundo os quais é competência do legislador complementar federal definir o que é serviço, e não do Município.

⁵ Este tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: *"Os serviços bancários não incluídos na lista anexa ao Decreto-lei 406/68 não possuem caráter autônomo, pois inserem-se no elenco das operações bancárias originárias, executadas de forma acessória, no propósito de viabilizar o desempenho de atividades-fim inerentes às instituições financeiras. A lista de serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68 é taxativa, não se admitindo, em relação a ela, o recurso da analogia, visando a alcançar hipóteses de incidência diversas das ali consignadas."* (STJ, RESP 192.635, DJ 31/05/99)

Assim, é ilegal e inconstitucional a exigência do fisco municipal, já que as rubricas em questão não se tratam de serviços previstos na referida lista de serviços e, mesmo que por interpretação extensiva, não se enquadram em nenhum de seus itens.

Não fosse a taxatividade da lista de serviços instituída pela Lei Complementar n. 116/2003, cumpre mencionar, ainda, que a referida lista **não admite ampliação por analogia.**

Isso porque a lista enumera todos os serviços que o legislador complementar entendeu que deveriam ser tributados, de modo que não cabe ao fisco abusar da ficção jurídica para tributar serviço não previsto em lei.

Nos termos do art. 110, do CTN, (e conforme o princípio da tipicidade),⁶ não é permitido à lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, de forma expressa ou implícita no ordenamento jurídico, para definir ou limitar as competências tributárias. Este é, inclusive, o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.⁷

⁶ Nesse sentido, ensina Moreira Alves que "(...) o Código Tributário Nacional tornou expresso e imperativo para as leis tributárias ordinárias federais, estaduais e municipais, o seguinte princípio, que se encontra em seu art. 110, no capítulo concernente à interpretação e à integração da legislação tributária: 'Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de Direito Privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias'.

Essa norma proíbe a lei tributária ordinária de, na configuração do fato gerador do tributo por ela instituído, apartar-se da definição, do conteúdo e do alcance dos institutos, conceitos e formas de Direito Privado de que se tenha utilizado a Constituição Federal para definir ou limitar competência tributária. (...)" (Usucapião e Imposto de Transmissão de Bens Imóveis. Revista Dialética de Direito Tributário n. 17/18, p. 39).

Sobre o princípio da tipicidade, já decidiu o Eg. TRF 3.^a Região que "(...) o art. 110 do CTN garante a preservação de uma tipicidade cerrada em relação a hipóteses de incidência tributária cuja instituição a Constituição autoriza e cujo conteúdo, ademais, o próprio texto constitucional prefigura. O termo faturamento, empregado na Constituição para fixar competência tributária, vincula os juizes, por configurar-se objetivamente como conceito jurídico já estabilizado no direito privado." (TRF 3.^a Região, AI 99903000413853, Rel. Juíza Leila Paiva, DJ 20/04/01).

⁷ "(...). 3. Deveras, a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias, na forma do art. 110, do CTN. 4. Assim, o legislador quando

Também, nos termos do § 1º do art. 108, do CTN, "o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei". Comentando o referido dispositivo legal, Sergio Feltrin Corrêa Ieciona que, para que a Administração Pública possa exigir tributo, **é indispensável a existência de lei que descreva sua hipótese de incidência.**⁸ Este também tem sido o entendimento da jurisprudência do E. STJ⁹.

Por este motivo, deve ser acolhida a presente defesa administrativa, para afastar da tributação os valores lançados nas rubricas ns. 50.20.11-5, 50.20.01-8, 50.08.01-8, 50.08.05-0, 50.02.27-3, 50.02.18-4, 50.01.58-7, 50.01.36-6, 50.01.37-4, 50.01.38-2, 50.01.31-5, 50.01.32-3, 50.01.34-0, 50.01.35-8, 50.04.42-0, 50.04.07-1 e 50.04.10-1, porque não se enquadram nos itens previstos na lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/2003, ainda que por interpretação extensiva, bem como porque a tributação destas contas decorre de interpretação analógica ilegal.

editou o item 79 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 alterou a definição e conceito de locação de coisas, violando o referido artigo do Código Tributário Nacional. (...)" (STJ, AgRg no REsp 684021 / RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 28/06/2005, DJ 22/08/2005). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 697335 / RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 28/06/2005, DJ 29/08/2005)

⁸ "À luz do disposto no § 1.º não cabe exigir tributo algum não contemplado em lei, estendendo-se essa vedação de forma lógica a quaisquer penalidades. Defrontando-se o intérprete com situação que não caiba na moldura anteriormente ressaltada, deverá buscar abrigo nos princípios gerais de direito tributário. Para que qualquer ente público tenha condições de exigir ou aumentar tributos é indispensável a existência de lei. É exigência contida no art. 150, I da CF." (Código tributário nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo. Coordenação Vladimir Passos de Freitas. 2.ª ed. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2004, p. 531)

⁹ "(...). "Pacífico o entendimento nesta Corte Superior e no colendo STF no sentido de que a "lista de serviços" prevista no DL nº 406/68, alterado pelo DL nº 834/69, é taxativa e exaustiva, e não exemplificativa, não se admitindo, em relação a ela, o recurso da analogia, visando a alcançar hipóteses de incidência distantes das ali elencadas, devendo a lista subordinar-se à lei municipal. Vastidão de precedentes." (AgRg no REsp 631563/MG, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 13.12.2004). (...)" (STJ, AgRg no Ag 641029 / MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 27/09/2005, DJ 10/10/2005)

"(...).2. Hodiernamente, a matéria em apreço evoluiu em sentido contrário ao entendimento acima descrito, encontrando-se uniforme e pacífica no seio desta Corte Superior e do colendo STF no sentido de que a "lista de serviços" prevista no DL nº 406/68 é taxativa e exaustiva e não exemplificativa, não se admitindo, em relação a ela, o recurso da analogia, visando a alcançar hipóteses de incidência distantes das ali elencadas, devendo a lista subordinar-se à lei municipal. 3. Jurisprudência do STJ de que o serviço de rebocagem marítima não se confunde com o de atracação e desatracação de embarcações, não incidindo ISS, por falta de previsão legal. (...)" (STJ, REsp 755918/RJ, Rel. Min. José Delgado, j. em 28/06/2005, DJ 08/08/2005)

3.2. AS RECEITAS NÃO DECORREM DE SERVIÇOS PRESTADOS.

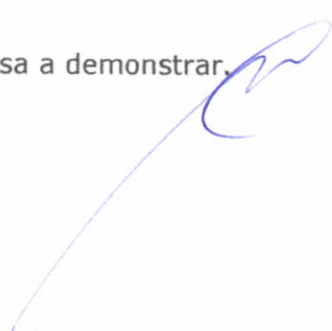
Além de as atividades a seguir mencionadas não constarem da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/2003 (mesmo que por interpretação extensiva), também não são fato gerador do ISS **porque não se tratam de serviços prestados a terceiros.**

Serviço, para efeitos de tributação, deve ser entendido como o resultado do trabalho efetivado com compensação patrimonial, possuindo caráter de onerosidade diante do aspecto econômico que envolve a prestação de serviço.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, "(...) a prestação de serviço importa um esforço físico ou intelectual, produtor de uma utilidade em proveito alheio. Ora, um não fazer, ainda que possa produzir proveito econômico em benefício do credor, nunca será enquadrável como serviço. Restam, então, as obrigações de prestação positiva. E, dentro delas, as obrigações de fazer, pois elas é que podem produzir uma prestação de esforço pessoal, caracterizadora de serviço tributável por via do ISS. As obrigações de dar não conduzem a um serviço prestado. A prestação do esforço caracterizadora de serviço é qualificável juridicamente como execução de uma obrigação de fazer".¹⁰ (g.n).

Portanto, somente receitas decorrentes de obrigação de fazer e enquadráveis na lista de serviços tributáveis, anexa à Lei Complementar n. 116/2003, serão passíveis de incidência do ISS.

É o que se passa a demonstrar.



¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O imposto sobre serviços na constituição. São Paulo: RT, 1985, p. 90.

3.2.1. SUBGRUPO DE CONTAS 50.01.

**(DAS SUBCONTAS N. 50.01.31-5; 50.01.32-3; 50.01.34-0; 50.01.35-8;
50.01.36-6; 50.01.37-4; 50.01.38-2 E 50.01.58-7)**

O **subgrupo de contas 50.01**, mais especificamente as contas indevidamente autuadas n.s 50.01.31-5; 50.01.32-3; 50.01.34-0; 50.01.35-8; 50.01.36-6; 50.01.37-4; 50.01.38-2 E 50.01.58-7, registram exclusivamente receitas de operação de crédito, resultante da **cobrança de juros**.

A função destas contas é de registrar as "Receitas de Empréstimo", classificadas segundo o segmento da economia (Indústria, Comércio, Governo, Comunicação) do cliente integrante da "carteira comercial" e foram criadas para **"Registrar as rendas de empréstimos, que constituem receita efetiva da instituição, no período"**, não tendo nenhuma relação com remuneração por prestação de serviço, nos termos determinados pela Circular BACEN 1273.

A função destas contas é de registrar as "Receitas de Empréstimo", classificadas segundo o segmento da economia (Indústria, Comércio, Governo, Comunicação) do cliente integrante da "carteira comercial" e foram criadas para **"Registrar as rendas de empréstimos, que constituem receita efetiva da instituição, no período"**, não tendo nenhuma relação com remuneração por prestação de serviço, nos termos determinados pela Circular BACEN 1273.

A diferença entre estas subcontas encontra-se na espécie do tomador final dos recursos, ou seja, as contas deste grupo diferem-se em razão das características específicas (= segmento da economia) do devedor em relação ao qual se compôs a dívida. É o que se pode verificar do quadro explicativo abaixo:

SUBCONTA	OBJETO	COSIF
50.01.31-5	BLOQ. DEPOSITO CHQ. PJ	71105006
50.01.32-3	NORMAL PESSOA FISICA	71105006

50.01.34-0	EXCESSO S/LIMITE PESSOA FISICA	71105006
50.01.35-8	NORMAL PESSOA JURIDICA	71105006
50.01.36-6	EXCESSO S/LIMITE PESSOA JURIDICA	71105006
50.01.37-4	BLOQ. DEPOSITO CHEQUE PF	71105006
50.01.58-7	CTA. GARANTIDA – RECEBIVEIS PF	71105006

Portanto, o grupo de contas 50.01 tem a finalidade de registrar rendas da cobrança de juros decorrentes de empréstimos (=operações de crédito), a título de remuneração do capital posto à disposição do cliente, concedidos pela Instituição Financeira.

Tais contas, frise-se, não correspondem à remuneração por prestação de serviço, pois não registram receitas decorrentes de tarifas. A título de informação, os valores que correspondem às tarifas bancárias são contabilizados nas subcontas do Grupo 50.60 (COSIF 7.1.7 (...)), nas quais se registram receitas de prestação de serviços, sobre as quais incide o ISS.

Assim sendo, as contas 50.01 registram rendas decorrentes de juros, o que torna a cobrança de ISS ilegal, uma vez que estas contas são tributáveis pelo IOF (imposto sobre Operações Financeiras) e pelo IRPJ (imposto de Renda). A incidência também de ISS implicaria em bitributação.

A esse respeito, o E. TJSP, analisando o COSIF 71105006, assim consignou: "A conta COSIF 7.1.3.10.00-4 (rendas de operação de câmbio), por seu turno, traduz típica operação financeira sujeita ao IOF, pois não se origina de qualquer tipo de serviço prestado pela instituição financeira a quem quer que seja. (...) **O mesmo se pode dizer da conta COSIF 7.1.1.05.00-6 (rendas de empréstimos)** que abrangeu as subcontas correspondentes às taxas de manutenção de conta corrente, abertura de crédito e de permanência oriunda de crédito pessoal, conta garantida e às rendas na aquisição de contratos de crédito, **pois referem-se a receitas decorrentes de típica operação financeira de**

concessão de crédito, encerrando verdadeira obrigação de dar e não de fazer.¹¹

Em outro recente julgamento o E. TJSP manteve esse entendimento, confira-se: **"Já a conta COSIF 7.1.1.05.00-6 - "rendas de empréstimos" e a subconta 248732 ("Taxa de abertura de crédito") são rendas provenientes de operações de crédito que não se sujeitam à tributação do ISS."**¹² (g.n)

Também o E. TJSC já apreciou a questão: "Com base no referido levantamento, constata-se que a tributação sub judice tem como fato gerador as atividades descritas pelas contas: 7.1.1.03.00-8, **7.1.1.05.00-6**, 7.1.1.10.00-8, 7.1.7.40.00-7, 7.1.7.90.00-2, 7.1.7.99.00-3, 7.1.9.20.00-9 e 7.1.9.99.00-9. (...) Segundo as informações disponíveis no site do referido plano contábil, as rubricas elencadas pelo ente municipal correspondem às seguintes funções/atividades: (...) **b) 7.1.1.05.00-6 - Rendas de Empréstimos: Registrar as rendas de empréstimos, que constituam receita efetiva da instituição, no período; (...) no que tange às rubricas "a", "b", "c", "g" e "h" acima arroladas, não é possível identificar a prestação de qualquer serviço.**"¹³

Não fosse isso, a impossibilidade de tributação pelo ISS das contas "renda de empréstimos", também decorre da ausência de previsão desta atividade na lista anexa à Lei Complementar n.º 116/2003, mesmo que por uma interpretação extensiva, uma vez que a definição das rubricas em questão, em nada se assemelha com as prescrições do subitem 15.08 e 15.15, da Lista anexa à Lei Complementar 116/2003, pois diverso o critério material entre eles, ao contrário do que pretende valer a municipalidade.

¹¹ TJ-SP. 15ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível n. 0094500-83.2008.8.26.0000. Relator: Des. Rezende Silveira. Data de Julgamento: 01/03/2012.

¹² TJ-SP - APL: 90003305520068260090 SP 9000330-55.2006.8.26.0090, Relator: Euripedes Gomes Faim Filho, Data de Julgamento: 28/07/2015, 15ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/07/2015.

¹³ TJ/SC. Quarta Câmara de Direito Público. Apelação Cível n. 2007.007940-8. Relator: Des. Rodrigo Collaço. Data de Julgamento: 28/07/2011.

A corroborar as alegações do embargante, confira-se o seguinte precedente do E. TJSP: "*Verifica-se que a r. sentença afastou a incidência de ISS sobre **"rendas de empréstimos"**; "rendas de financiamentos" e "outras rendas operacionais", caso tenham sido autuadas, o que deverá ser apurado em liquidação de sentença. (...) **Como se viu, ainda que se faça uma interpretação extensiva dos serviços acima citados, não é possível enquadrar dentre eles aqueles cuja tributação resultou afastada pela r. sentença, de modo que o r. decisum não merece qualquer reparo.**"¹⁴ (g.n)*

Exatamente no mesmo sentido foi o julgamento da apelação n.º 396090-1, pelo E. TJPR: "***Pelo mesmo motivo, ausência de previsão na lista, é de se excluir a tributação sobre as "rendas de empréstimos". Mesmo valendo-se da interpretação extensiva, impossível caracterizar essa atividade como prestação de serviço bancário nos moldes exigidos pela lei complementar, tanto mais porque indica tratar-se, com mais razão, de típica atividade financeira.***"¹⁵ (g.n)

Assim, diante do exposto, deve ser afastada a cobrança de ISS incidente sobre as rubricas n.s 50.01.31-5; 50.01.32-3; 50.01.34-0; 50.01.35-8; 50.01.36-6; 50.01.37-4; 50.01.38-2 e 50.01.58-7.

3.2.2. SUBGRUPO DE CONTAS 50.02.
(DAS SUBCONTAS N. 50.02.27-3 E 50.02.18-4).

Esse subgrupo de contas possui a finalidade de registrar operações de empréstimo/financiamentos realizadas pelo Contribuinte. No caso específico das rubricas n. 50.02.27-3 e 50.02.18-4, cumpre esclarecer que se prestam a registrar operações de financiamento de veículos.

¹⁴ Apelação n. 0008867-76.2014.8.26.0297 - TJSP. Relatora: Des. SILVANA MALANDRINO MOLLO. Julgamento em 11/06/2015. No mesmo sentido foi o acórdão proferido no julgamento da apelação n. 0007828-44.2010.8.26.0407.

¹⁵ Apelação n. 396.090-1. TJPR. Relatora: Des. DULCE MARIA CECCONI. Publicação em: 01/11/2007.

Ou seja, o banco disponibiliza para os seus clientes uma determinada quantia que poderá ser utilizada na compra de veículos ou no refinanciamento do próprio veículo, caso os seus clientes assim desejem.

A rubrica n. 50.02.27-3, por sua vez, se presta a registrar operações de empréstimos, a título de capital de giro.

Explica-se: as pessoas jurídicas, mensalmente, trabalham com determinado volume de valores, que, em tese, deverá ser suficiente para efetuar o pagamento de todas as operações do período, tais como, por exemplo, pagamento de funcionários, insumos, frete, etc.

Todavia, nem sempre o valor separado a título de capital de giro é suficiente para que as pessoas jurídicas honrem com todos os compromissos assumidos. Assim, quando necessário, o impugnante disponibiliza certa quantia aos seus clientes, a fim de complementar o capital de giro e, assim, possibilitar a cumprimento das obrigações.

Ou seja, as subcontas em comento se prestam para registrar determinadas espécies de operação de empréstimo, quais sejam, empréstimos contraídos para complementar o capital de giro das pessoas jurídicas.

Por fim, cumpre destacar que todas as contas do tipo 50.02 do plano de contas do Contribuinte, assim como as contas do tipo 50.01, estão vinculadas a um único código COSIF, qual seja, 7.1.1.05.00-6, o qual tem a função de "Registrar as rendas de empréstimos, que constituam receita efetiva da instituição, no período", jamais as receitas decorrentes de prestação de serviços, nos termos determinados pela Circular BACEN nº 1273.

Sobre a impossibilidade de tributação das contas COSIF 7.1.1.05.00-6, já decidiu o E. TJSC: *"Com base no referido levantamento, constata-se que a tributação sub judice tem como fato gerador as atividades descritas pelas contas:*

7.1.1.03.00-8, **7.1.1.05.00-6**, 7.1.1.10.00-8, 7.1.7.40.00-7, 7.1.7.90.00-2, 7.1.7.99.00-3, 7.1.9.20.00-9 e 7.1.9.99.00-9. (...) Segundo as informações disponíveis no site do referido plano contábil, as rubricas elencadas pelo ente municipal correspondem às seguintes funções/atividades: (...) **b) 7.1.1.05.00-6 - Rendas de Empréstimos: Registrar as rendas de empréstimos, que constituam receita efetiva da instituição, no período; (...) no que tange às rubricas "a", "b", "c", "g" e "h" acima arroladas, não é possível identificar a prestação de qualquer serviço.**¹⁶

Portanto, tendo em vista que as subcontas tributadas pelo Fisco Municipal se referem à renda de empréstimo/financiamento, que não podem ser confundidas com prestação de serviços, e que já sofrem a incidência do IOF, deve ser afastada a incidência do ISS sobre referidas rubricas.

3.2.3. SUBGRUPO DE CONTAS 50.04.

(DAS SUBCONTAS N. 50.04.07-1; 50.04.10-1 E 50.04.42-0).

Nesse subgrupo de contas também se verifica que não existe qualquer prestação de serviços.

Essas contas, na realidade, servem para "Registrar as rendas de Adiantamento a Depositantes, classificadas nas contas deste subgrupo por segmento da economia (Indústria, Comércio, Governo, Comunicação, etc.), que constituam receita efetiva da Instituição/Carteira Comercial, no período" e recebem o nome de "Receitas de Adiantamentos a Depositantes - Carteira Comercial".

As contas desse subgrupo registram receitas provenientes de adiantamentos a depositantes, que são operações de crédito lastreadas em depósitos ainda não compensados. Trata-se de relações creditícias, nas quais os

¹⁶ TJ/SC. Quarta Câmara de Direito Público. Apelação Cível n. 2007.007940-8. Relator: Des. Rodrigo Collaço. Data de Julgamento: 28/07/2011.

valores recebidos pelo impugnante são resultantes da cobrança de juros, operação já tributada pelo Imposto sobre Operações Financeiras - IOF, e não da remuneração por qualquer serviço prestado.

Neste sentido, inclusive, é a jurisprudência do E. TJRS, veja-se: "DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTOS. ISS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SERVIÇOS BANCÁRIOS. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DL Nº 406/68. **Incidência de ISS sobre os serviços de** operações ativas (abertura de conta), **ADIANTAMENTO AOS DEPOSITANTES** e tarifas interbancárias. **IMPOSSIBILIDADE.** Incidência de ISS sobre os serviços de títulos descontados. Viabilidade. Apelo parcialmente provido. Voto vencido."¹⁷ (g.n.)

Nota-se, portanto, que as contas desse subgrupo (50.04) não estão sujeitas ao ISS, porque representam a remuneração do capital do Contribuinte em negócios de adiantamento a depositantes. Além disso, como não podia deixar de ser, essas receitas não estão previstas na lista de serviços do ISS.

3.2.4. SUBGRUPO DE CONTAS 50.08.
(DAS SUBCONTAS N. 50.08.01-8 E 50.08.05-0)

O Fisco Municipal, ainda, está exigindo o pagamento de ISS sobre os valores registrados nas subcontas 50.08.01-8 E 50.08.05-0.

Essa conta (50.08) serve para registrar as rendas com juros de empréstimos da Carteira Financeira (operações de empréstimos) que constituam receita efetiva da instituição no período. Sendo que a única diferença entre as rubricas em comento é em relação à espécie do tomador final dos recursos.

¹⁷ Apelação Cível Nº 70038183448, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Rodrigues Bossle, Julgado em 27/10/2010.

No caso em tela, a rubrica n. 50.08.01-8 serve para registrar os empréstimos realizados a funcionários do Contribuinte, enquanto a rubrica n. 50.08.05-0 se presta a registrar os empréstimos realizados por pessoas físicas.

Nessa conta, portanto, anotam-se as entradas das rendas (juros) resultantes de empréstimos da Carteira Financeira a pessoas físicas (crédito pessoal). Portanto, refere-se ao pagamento de juros, resultante de empréstimo, nada tendo a ver com prestação de serviços, razão pela qual deve ser afastada a cobrança de ISS sobre as rubricas em comento.

3.2.5. SUBGRUPO DE CONTAS 50.20.
(DAS SUBCONTAS N. 50.20.01-8 e 50.20.11-5)

Nesse subgrupo de contas, foram tributadas as rubricas n. 50.20.01-8 e 50.20.11-5, entretanto referidas rubricas não se prestam a registrar rendas advindas de prestação de serviços, mas sim para registrar as operações de composição, o que, conseqüentemente, acaba por afastar a incidência do ISS.

Explica-se: quando um cliente do Contribuinte contrai um empréstimo e deixa de efetuar o pagamento, referida dívida pode ser renegociada.

Quando o Contribuinte e o tomador do empréstimo chegam a um consenso (composição) sobre o valor a ser pago, essa novação é escriturada nas rubricas em comento, conforme o tipo de pessoa (física ou jurídica).

Ou seja, o subgrupo de contas autuado se presta a registrar operações de empréstimo renegociadas e, portanto, refere-se a operações de crédito.

Desta feita, por se tratar de operações de crédito (juros), deve ser afastada a cobrança de ISS realizada pela municipalidade, haja vista que sobre o mesmo incide o IOF, bem como por não se traduzir em prestação de serviço.

4. NULIDADE NO AUTO DE INFRAÇÃO IMPUGNADO - DA FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DA LEGISLAÇÃO QUE REGULAMENTA A COBRANÇA DO ISS SOBRE ATIVIDADES BANCÁRIAS E A APLICAÇÃO DOS ENCARGOS COBRADOS- OFENSA AO ART. 159, V, DA LEI MUNICIPAL 3.330/2011

O Código Tributário Nacional (art. 142 e seguintes) estabelece minucioso procedimento para apuração e constituição do crédito tributário, dispondo que *"compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível"*.

O lançamento é válido somente quando expedido em absoluta conformidade com as exigências do art. 142 do CTN e eficaz quando perfeito para a produção de seus efeitos. Sobre o assunto vale destacar os ensinamentos de LEANDRO PAULSEN, ao assinalar que *"sendo, o lançamento, o ato através do qual se identifica a ocorrência do fato gerador, determina-se a matéria tributável, calcula-se o montante devido, identifica-se o sujeito passivo e, em sendo o caso, aplica-se a penalidade cabível, nos termos da redação do art. 142 do CTN, certo é que do documento que formaliza o lançamento deve constar referência clara a todos estes elementos, fazendo-se necessário, ainda, a indicação inequívoca e precisa da norma tributária impositiva incidente"*¹⁸. (g.n)

No caso específico do direito tributário, como se sabe, todos os impostos possuem o seu respectivo arquétipo previsto na Carta Magna, ou seja, é

¹⁸ PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, 11. Ed. – Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado; ESMAFE, 2009, p. 1009.

a Constituição Federal que prevê a possibilidade dos entes políticos instituírem determinado imposto, pois é nela que está previsto o critério material de cada imposto.

Também é sabido que cabe à Lei Complementar Federal: (I) afastar os conflitos de competência em matéria tributária entre as pessoas políticas que compõem o Estado Federal (cf. art. 146, I, e 156, III, ambos da CF); (II) estabelecer o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte do ISS (art. 146, III, "a", da CF); e (III) fixar as alíquotas máximas e mínimas do ISS (art. 156, §3º, I, da CF).

Contudo, apenas a existência dos diplomas acima não é suficiente para permitir aos Municípios que efetuem a cobrança do ISS. Para que isto ocorra, é necessária a existência de legislação Municipal prevendo a incidência do imposto, bem como definindo com exatidão alguns critérios da regra matriz de incidência tributária.

Portanto, por todo o exposto, nota-se que a incidência do ISS depende necessariamente da existência de 3 (três) diplomas legais diferentes, quais sejam, Constituição Federal, Lei Complementar Federal e Legislação Municipal.

Sendo que a indicação dos dispositivos legais constantes em cada um destes diplomas legais, inerentes à incidência do ISS, compõe o fundamento legal da cobrança de ISS.

Contudo, verifica-se que no Auto de Infração impugnado **consta apenas a menção genérica à legislação municipal supostamente infringida**. Falta, assim, a indicação dos dispositivos na Lei Municipal que fundamentam e autorizam a pretensão da municipalidade quanto à exação em referência.

Nesses mesmos termos, o auto de infração restou omissivo, também, quanto à indicação dos dispositivos da Lei Municipal que regulamentam os acréscimos legais – juros e correção monetária – e a multa moratória.

De fato. Muito embora estejam discriminados os valores devidos a título de correção monetária, juros e multa, somente existe a menção genérica da aplicação das Leis Municipais ns. 1.291/1992 e 3.330/2011.

E esta conduta omissiva desta municipalidade acabou por cercear o direito de defesa do impugnante, pois **a não identificação dos dispositivos de lei municipal que regulamentam a forma de cálculo dos acréscimos legais (correção monetária e juros) impede que se possa impugnar eventual abuso cometido pela autoridade administrativa.**

Ademais, estas condutas omissivas da municipalidade estão em flagrante desacordo com a própria Lei Municipal n. 3.330/2011, a qual, ao dispor sobre os requisitos do Auto de Infração, em seu artigo 159, V, exige a **citação expressa dos dispositivos legais violados**, confira-se: "Art. 159 **O auto de infração**, lavrado por servidor público competente, com precisão e clareza, sem entrelinhas, emendas ou rasuras, **deverá conter**: (...) V - **a citação expressa do dispositivo legal infringido e do que fixe penalidade**;" (g.n).

Assim sendo, tendo em vista que não foram preenchidos todos os requisitos para a lavratura do Auto de Infração, pede-se pelo acolhimento da presente impugnação administrativa para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração n. 15/2016.

**5. DA IMPRECISÃO NA METODOLOGIA DE CÁLCULO PARA ATUALIZAÇÃO DOS VALORES
SUPOSTAMENTE DEVIDOS.**

Além das inconsistências acima expostas, observa-se, ainda, que há imprecisões na metodologia de cálculo apresentada no Auto de Infração e seus apêndices.

Isso porque, o valor supostamente devido, a que faz menção o Auto de Infração impugnado, é constituído: pelo valor do tributo (R\$ 40.273,97), acréscimos legais da SELIC (R\$ 17.671,07) e pela multa por infração na proporção de 20% sobre o importe principal (R\$ 8.054,79), resultando na soma total de R\$ 65.999,83 (sessenta e cinco mil, novecentos e noventa e nove reais e oitenta e três centavos), conforme abaixo reprisado:

MONTANTE DEVIDO EM R\$			
Para recolhimento com redução de 50% da multa, até 20 dias a contar da data do cliente do notificado.		Para recolhimento sem redução da multa, decorrido o prazo de 20 dias a contar da data do cliente do notificado.	
Tributo	40.273,97	Tributo	40.273,97
Acréscimos legais SELIC	17.671,07	Acréscimos legais SELIC	17.671,07
Multa por infração	4.027,40	Multa por infração	8.054,79
Total	61.972,44	Total	65.999,83

Ocorre que nos cálculos apurados no "Apêndice II", compostos pelo valor do Tributo (R\$ 40.273,97), correção (R\$ 423,99), multa na proporção de 6% (R\$ 2.441,87), juros (R\$ 1.443,16) e acréscimos legais da SELIC (R\$ 17.671,07), foi indicado o valor total de R\$ 62.254,06 (sessenta e dois mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e seis centavos), de acordo com o que demonstram os cálculos abaixo:

11	R\$ 6.318,15	R\$ 1.279,90	R\$ 5.038,25	R\$ 0,00	R\$ 2.187,61	R\$ 7.528,16
	R\$	R\$	R\$	R\$	R\$	R\$
	50.282,18	10.008,21	40.273,97	0,00	17.671,07	62.254,06

Ora, verifica-se, portanto, a flagrante divergência entre o crédito apurado e aquele efetivamente cobrado pela municipalidade, o que conduz à nulidade do lançamento em referência, pois lavrado em desacordo com as disposições do artigo 142, do CTN.

Não se pode perder de vista, ainda, que essa disparidade das referidas quantias traduz prejuízo ao impugnante, na medida em que não permite que se possa precisar qual o valor efetivamente cobrado a título de ISS.

Assim sendo, também por essa ótica, deve o Auto de Infração impugnado ser considerado nulo, haja vista as inconsistências relativas à apuração do débito supostamente devido.

6. CONCLUSÃO.

Ante ao exposto, requer seja recebida e julgada procedente a presente defesa administrativa, para que seja excluída a tributação pelo ISS das rubricas ns. 50.20.11-5, 50.20.01-8, 50.08.01-8, 50.08.05-0, 50.02.27-3, 50.02.18-4, 50.01.58-7, 50.01.36-6, 50.01.37-4, 50.01.38-2, 50.01.31-5, 50.01.32-3, 50.01.34-0, 50.01.35-8, 50.04.42-0, 50.04.07-1 e 50.04.10-1, uma vez que não registram receitas de prestação de serviço.

Alternativamente, requer seja declarada a nulidade do Auto de Infração n. 15/2016, em razão da ausência da indicação dos dispositivos legais que fundamentam a pretensão da municipalidade quanto à cobrança do ISS sobre atividades bancárias, bem como que fundamentam a exigência dos encargos e multa, em evidente ofensa ao art. 159, V, da Lei Municipal 3.330/2011.

Também, requer seja declarada a nulidade do lançamento em comento, diante das imprecisões nos cálculos que apuraram o crédito supostamente devido, de acordo com a fundamentação exposta.

Por fim requer-se, ainda, que as futuras intimações sejam feitas, via correio, em nome dos advogados Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, Evaristo Aragão Santos e Maria Lúcia Lins Conceição, com endereço

profissional situado na Rua Hildebrando Cordeiro, 30 - Ecoville, - Curitiba - PR -
CEP 80740-350.

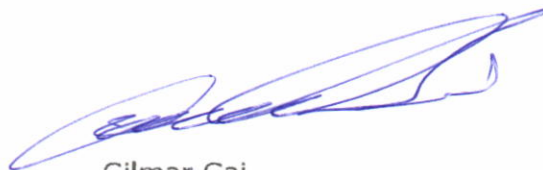
Pede deferimento.

Curitiba, 13 de junho de 2016.



Luiz Rodrigues Wambier

OAB/PR 7.295



Gilmar Gai

OAB/RS 82.790