

AO ILUSTRE SENHOR DIRETOR TRIBUTÁRIO DA SECRETARIA DA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE CACHOEIRINHA – ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Processo Administrativo Fiscal n.º 129/2017
Auto de Infração n.º 116/2019
Ref.: Impugnação ADM n.º 6150/2019

ITAÚ-UNIBANCO S.A., instituição financeira de direito privado, inscrita no CNPJ n.º. 60.701.190/1341-35, inscrição municipal: 148, Agência 1579, com endereço na Av. Gal. Flores da Cunha, n.º: 1954, Cachoeirinha/RS, vem respeitosamente, através de seus procuradores constituídos, com fundamento no artigo 5º inciso LV da Constituição Federal, diante do Procedimento Administrativo em epígrafe, apresentar **RECURSO VOLUNTÁRIO**, a teor do disposto no artigo 438 da LC 28/2010 (CTM), pelas seguintes razões de fato e de direito que passa a expor.

1. DOS FATOS

Trata-se de Autuação Fiscal realizada pelo Fisco Municipal de Cachoeirinha, que visa à cobrança de ISS, relativo às Atividades Bancárias examinadas no Auto de Infração Fiscal n.º: 116/2019, no período compreendido entre: **04/2014 a 12/2014**.

Notificado, o Recorrente apresentou defesa, impugnando os lançamentos fiscais constantes no **Auto de Infração Fiscal n.º: 116/2019**, tendo em vista se tratarem de contas não tributáveis pelo ISSQN, em razão do caráter taxativo da lista de serviços (LC nº 116/03), bem como pela natureza das receitas nelas contabilizadas, conforme restou demonstrado em sua peça de impugnação administrativa.

Posteriormente, o Recorrente foi notificado da decisão da Unidade de Julgamento Singular, a qual acolheu integralmente o parecer do fiscal tributarista, julgando improcedente a reclamação administrativa, por entender em suma que:

“Documentos juntados na impugnação são produzidos unilateralmente, sem responsabilidade técnica, simples planilhas sem base técnica. Restando assim, prejudicados tais documentos. [...]”

Pelo exposto, julga-se pela IMPROCEDÊNCIA da presente reclamação, restando improcedentes os pedidos do reclamem-te, e por consequência mantêm-se o auto de infração e lançamento 0116 e 0117 de 2019 ora impugnado”.

Ora, Senhores Conselheiros, o Recorrente não pode se conformar com o teor da r. decisão, eis que, a exação em lide incide sobre contas não tributáveis por ISSQN, devendo a mesma ser reformada por este Conselho, pelas razões que passa a expor.

2. DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E LANÇAMENTO

Cumpra ressaltar que diferente do que alega esta municipalidade, não houve especificação sobre quais atividades realizadas pelo Recorrente, supostamente configurariam fato gerador tributável de ISSQN, nem sequer houve o seu respectivo enquadramento nas normas legais tributária, havendo tão somente citação genérica, sem o efetivo enquadramento individual de cada ato/fato a qual pretende tributar.

Deveras, ao proceder ao lançamento, deve a Autoridade Fiscal demonstrar a efetiva ocorrência do evento reputado tributável, bem como apontar a perfeita previsão legal de tal comportamento do contribuinte. Não o fazendo, estar-se-á mutilando a regra exacional tributária extraída do artigo 142 do Código Tributário Nacional, na medida em que se torna impossível a comprovação **da efetiva ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente**, tal como prescreve o indigitado dispositivo legal.

Note que tal previsão legal se dá justamente a fim de evitar excessos por parte dos entes públicos, evitando cobranças abusivas, infundadas e sem qualquer previsão legal.

No presente caso, a Municipalidade deixou de fazer a necessária correlação entre a atividade autuada e aquela prevista na lista anexa à Lei 116/2003, limitando-se a fazer o apontamento genérico dos referidos itens, **os quais compreendem várias hipóteses aptas à subsunção de diferentes atividades**. Assim qual delas o Recorrente supostamente teria se enquadrado?

Ora, ilustre julgador, sem esta resposta como poderia o Recorrente, exercer objetivamente seu direito estabelecido nos princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório?

Daí a necessidade de efetiva individualização da atividade da qual supostamente o Recorrente teria incidido, sob pena de violação aos referidos princípios.

Assim, restou-se impossível se conhecer quais atividades individualizadas pretende o município tributar, daí a nulidade do referido Auto de Infração em lide, ao não observar os requisitos legais e formais para sua constituição, nos termos da Lei Complementar 116/2003 c/c Art. 203 do CTN¹.

A propósito, destaca-se a jurisprudência pátria:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. **ACÓRDÃO QUE EXTINGUIU A EXECUCIONAL EM RAZÃO DA FALTA DE INDICAÇÃO ESPECÍFICA DOS SERVIÇOS TRIBUTADOS. INSURGÊNCIA DO ENTE PÚBLICO. DISCUSSÃO A RESPEITO DA DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DO FUNDAMENTO DO CRÉDITO. REJEIÇÃO.** ARESTO CLARO A RESPEITO. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ALEGAÇÃO DE OBSCURIDADE ACERCA DA FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE FORMA CUMULADA EM RELAÇÃO À EXECUÇÃO E AOS EMBARGOS. QUESTÃO DEVIDAMENTE EQUACIONADA. NÃO ACOLHIMENTO. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação n. 0303905-02.2019.8.24.0075, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. **09-02-2021**).

¹ Art. 203. A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior, ou o erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente [...].

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. **ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. FATOS GERADORES NÃO ESPECIFICADOS. NULIDADE DO LANÇAMENTO.** EMBARGOS JULGADOS IMPROCEDENTES. RECURSO PROVIDO.

"[...] na execução fiscal o título exequendo (certidão de dívida ativa) é constituído pelo credor unilateralmente, ou seja, não é subscrito pelo devedor. Essa peculiaridade impõe maior rigor no exame do cumprimento dos seus requisitos, desde o lançamento: termo de início de fiscalização; auto de infração; termo de término de fiscalização; lançamento; notificação fiscal; reclamação administrativa; julgamento de primeira instância; recurso administrativo; julgamento em segunda instância; inscrição em dívida ativa; extração da CDA. **Assim deve ser porque, 'sem a consignação de dados corretos e compreensíveis, a CDA subtrai do Juiz o controle do processo e, ao executado, o exercício da ampla defesa.** O controle do processo, em qualquer dos seus aspectos, torna-se inviável porque os elementos fundamentais da execução fiscal são a inicial e a CDA, nos termos do art. 6º da Lei 6.830/80. A defesa do executado fica cerceada porque a ele são apresentados documentos que informam valores diversos daqueles que se quer cobrar ou contendo dados incompreensíveis" (Manoel Álvares).

02. O termo de inscrição em dívida ativa, do qual é extraída a certidão de dívida ativa, deve conter os requisitos previstos no art. 202 do Código Tributário Nacional, repetidos no § 5º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980, entre eles, 'a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida' (inciso III). Salvo demonstração inequívoca da ausência de prejuízo à defesa do devedor, **é nulo o lançamento - e os atos subsequentes: inscrição em dívida ativa, certidão de dívida ativa e execução - que não especifica, com objetividade, o fato gerador do tributo. Não supre a nulidade a indicação do 'fundamento legal' do lançamento** (CTN, art. 202, III; Lei 6.830/1980, art. 2º, § 5º, inciso III), notadamente quando compreende mais de uma hipótese de incidência do tributo' (AC n. 2010.027118-1, Des. Newton Trisotto)" (AC n. 2010.085968-6, Des. Newton Trisotto). (TJSC, Apelação Cível n. 2013.007295-3, de Braço do Norte, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público, j. 25-03-2014). (grifos nossos).

A corroborar, importante citar o entendimento sedimentado pela Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial repetitivo nº: 1.111.234/PR, por meio do qual se decidiu que a interpretação extensiva, cujo emprego é legítimo, imprescinde da indicação pontual da correlação entre as atividades prestadas a que se pretende tributar e os respectivos itens constantes da lista de serviços, seja pela Autoridade Fiscal, ou mesmo pela Autoridade Julgadora Administrativa, sob pena de nulidade por ausência de fundamentação, *in verbis*:

"[...] a incidência dependerá da demonstração da pertinência dos serviços concretamente prestados, aos constantes da Lista de Serviços [...] (REsp nº 1.111.234/PR – Registro 2009/0015818-9)"

Por todo o exposto, conforme se denota da jurisprudência supracitada, não resta dúvidas em relação a nulidade do Auto de Infração em lide, no qual pretende o município Recorrido, promover a exação dos tributos em lide.

3. DA NÃO INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE OS SUPOSTOS FATOS GERADORES DO AUTO DE INFRAÇÃO 116/2019

Em contraponto as alegações do Município Recorrido, é bem verdade que as receitas operacionais são desdobradas em subgrupos, dentre os quais encontram-se os grupos 7.1.7.

No entanto, o fato de determinada receita ser alocada na conta de serviços (7.1.7) não enseja inexorável incidência do ISS, tendo em vista a necessidade de aferir a verdadeira natureza da atividade desempenhada pela instituição financeira.

Foi nesse sentido o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.111.234/PR, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (Art. 1.036 do CPC/2015), por meio do voto da Ministra Eliana Calmon, que enfatizou que a aplicação da interpretação extensiva não subsiste sem a indicação da correlação entre as atividades praticadas e os itens da lista de serviços, *in verbis*:

“(...) Nesta oportunidade é preciso registrar que embora não possa o STJ imiscuir-se na análise de cada um dos itens dos serviços, é preciso que as instâncias ordinárias, a quem compete a averiguação dos tipos de serviço que podem ser tributados pelo ISS, na interpretação extensiva, devendo-se observar que os serviços prestados, mesmo com nomenclaturas diferentes, devem ser perquiridos quanto à substância de cada um deles. Assim, a incidência dependerá da demonstração da pertinência dos serviços concretamente prestados, aos constantes da Lista de Serviços, como aliás o fez o acórdão recorrido” (destacamos).

A propósito, “para verificar se as atividades que se pretende tributar enquadram na lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68 e às Leis Complementares n. 56/87 e 116/2003, **é indispensável a análise da natureza das cobranças realizadas pela instituição financeira.** Essa avaliação, contudo, deve ser feita pelas instâncias de origem[...].”

Na hipótese em lide o município alegou se tratar de ISS incidente sobre receitas contabilizadas nas seguintes contas e subcontas COSIF:

COSIF 7.1.7.95.19-3 - CONCESSÃO DE ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES

- Subconta 671.016.001 - Concessão Adiant. Depositantes - PF

COSIF 7.1.7.98.04-2 - OPERAÇÕES DE CRÉDITO

- Subconta 671.019.001 - Concessão Adiant. Depositantes – PJ

Assim, verifica-se que as contas e subcontas COSIF indicadas acima efetivamente **NÃO** contabilizam atividades que compreendem a prestação de serviço à correntistas da Instituição Financeira, razão pela qual é absolutamente equivocada a incidência de ISS sobre as referidas receitas.

Não menos importante, há que se mencionar que agindo da forma que pretende, o fisco foge à regra constitucional de tributação, por não respeitar o art. 156, III da CF e a Lei Complementar nº 116/2003, que regulamenta o assunto e traz o rol de serviços taxativos de tributação pelo ISS.

Vale dizer, o fato destas receitas não estarem contabilmente alocadas em conta própria para registro de *serviços* já deveria ser suficiente para afastar qualquer cobrança de ISS sobre as respectivas atividades.

Além disso, a Autoridade Fiscal ignorou a verdadeira natureza das atividades atuadas e, como dito acima, não fez o devido enquadramento legal com os serviços previstos na lista anexa à Lei Complementar 116/2003.

Para que não paire dúvidas sobre a ilegalidade da cobrança, oportuno analisar a natureza de cada uma das receitas au tuadas.

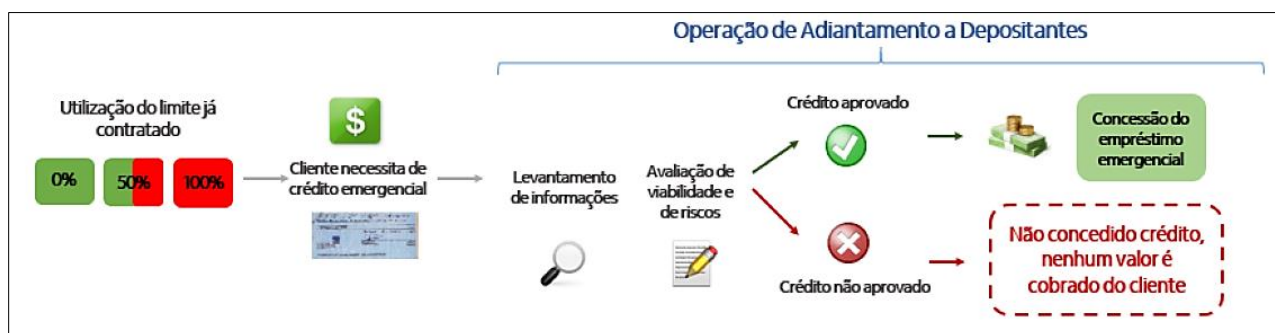
4. DA NÃO TRIBUTAÇÃO DA TARIFA DE ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES

Consoante exposto na peça de Impugnação ao Auto de Infração, a Tarifa de Adiantamento a Depositantes consiste em uma tarifa cobrada do correntista, pessoa física ou jurídica, quando este emite cheques ou efetiva saques - a subconta define a operação - sem o devido provimento de fundos em sua conta bancária.

A Autoridade Fiscal alega em seu Auto de Infração a exigência do ISS sobre a operação bancária denominada “Adiantamento a Depositantes”, sob o argumento de que se trata de um serviço tributável prestado pela Instituição Financeira para os seus correntistas. Contudo, essa pretensão está totalmente dissociada das razões de fato e de direito a seguir expostas.

Note que, para evitar a devolução de cheques ou ordens de pagamentos em razão da ausência de saldo em conta corrente ou ultrapassagem do limite de cheque especial, os bancos podem, **emergencialmente, emprestar recursos financeiros** aos seus clientes. Este empréstimo é denominado no sistema financeiro de “**Adiantamento a Depositantes (AD)**”. **Havendo concessão do empréstimo, o banco fará jus à sua remuneração**, cuja cobrança é segregada em juros, havidos pela remuneração do capital emprestado, e de respectiva tarifa.

Caso o empréstimo emergencial não seja concedido, nada será cobrado do cliente, como explicitado nas “Condições Gerais do Adiantamento a Depositante (AD)”, disponível no sítio eletrônico da instituição² (**doc. 04**). Para melhor compreensão do afirmado, confira-se o infográfico:



Trata-se de uma **única operação de empréstimo**, iniciada com a coleta de informações e documentos, seguida da análise de viabilidade da concessão do crédito, haja vista os riscos inerentes ao perfil do tomador do crédito. Portanto, tem-se operação **insuscetível de decomposição** apenas para fins tributários, pois todas as etapas que a compõe não têm vida autônoma e, portanto, serviço tributável não é, porquanto não houve prestação de análise de crédito (atividade-meio), mas concessão emergencial de empréstimo.

² Site do Itaú Unibanco: <https://www.itaunet.com.br/emprestimos-financiamentos/adiantamento-depositante/>

A análise de viabilidade da concessão do crédito ora tratada **não se confunde com aquela realizada por empresas prestadoras de serviços cujo objeto social é justamente a análise de crédito (atividade-fim)**³.

Ao enfrentar situação fática assemelhada, o C. STJ decidiu que o item 15.08 da LC nº 116/03⁴, que prevê expressamente a incidência do ISS sobre “análise e avaliação de operações de crédito”, **alcança apenas tais prestadoras de serviços que têm a análise de crédito como atividade-fim, isto é, para terceiros não vinculados à concessão do empréstimo emergencial:**

"(...) 3. O item 15.08 da lista anexa à LC n. 116/2003 refere-se à "emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos à abertura de crédito, para quaisquer fins.

4. A tarifa de excesso de limite, conforme normatizado pelo Banco Central do Brasil, pode ser cobrada pelas instituições financeiras para o levantamento de informações e avaliação de viabilidade e de riscos para a concessão de crédito em caráter emergencial para cobertura de saldo devedor em conta de depósitos à vista e de excesso sobre o limite previamente pactuado de cheque especial, cobrada no máximo uma vez nos últimos trinta dias (Resolução n. 3.919/2010).

5. O levantamento de informações e a avaliação da viabilidade e dos riscos na concessão do crédito enquadram-se na atividade de estudo, análise e avaliação de operação de crédito (fato gerador do imposto).

6. Na hipótese de a análise de riscos ser realizada pela mesma instituição financeira responsável pela concessão do crédito emergencial, por se caracterizar atividade meio, não haverá incidência do imposto, a qual fica restrita para o caso de os referidos serviços serem realizados por terceiros não vinculados à concessão do crédito (p.ex.: prestador de serviço de análise de riscos).

In casu, a instituição bancária recorrente realiza, por conta própria, a análise de risco para o fim de conceder o crédito emergencial, razão pela qual a tarifa de excesso de limite não pode sofrer a incidência do imposto (...) (AREsp 669.755/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/08/2018 - destacou-se).

Esse entendimento do STJ está em concordância com as razões de decidir do **Recurso Especial repetitivo**, cuja observância é obrigatória às instâncias inferiores, a teor do artigo 927 do NCPC⁵, ao determinar a **não incidência** do ICMS sobre a **prestação de serviços preparatórios ou intermediários** da comunicação, mesmo a despeito de ser remunerado por uma tarifa, *in verbis*:

*"(...) A **prestação de serviços conexos** ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) **não se confunde com a prestação da atividade fim** — processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza —, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Deste modo, **a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço** (cessionária de serviço público), **por assumirem o caráter***

³ Alguns exemplos de empresas prestadoras de serviço de análise de crédito:

- SPC Brasil (<https://www.spcbrasil.org.br/produtos/categoria/1-analise-de-credito>); - CredPartner (<https://credpartner.com>);

- Serasa Experian (<https://www.serasaexperian.com.br/produtos/gestor-de-credito>); - Quod (<https://www.quod.com.br/>).

⁴ 15.08 – Emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos a abertura de crédito, para quaisquer fins.

⁵ Art. 927: Os juízes e os tribunais observarão: (...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos".

de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS (...)" (REsp Repetitivo nº 1.176.753/RJ - Rel. Min. Mauro Campbell Marques – DJE 19/12/2012 – destacou-se).

O entendimento do STJ confirma que, **ao se perquirir a efetiva natureza de uma operação composta por diversas etapas necessárias e complementares entre si, deve-se levar em consideração que prevalece a natureza da atividade principal, efetivamente contratada no negócio jurídico, que no caso é o empréstimo emergencial e não a análise de crédito**, e o ISS não alcança operações com natureza creditória. Assim, é inconcebível sua segregação apenas para justificar a incidência do ISS.

No mais, como se sabe, o ISS não incide sobre qualquer serviço, mas sim sobre **“serviço tributável”**, cujo conceito, balizado pelo art. 156, II, da CF/88, é extraído do Direito Privado e não pode ser alterado pela lei (art. 110 do CTN). É, portanto, caracterizado por uma obrigação de fazer⁶, **um esforço de alguém em favor de outrem, em caráter oneroso, pressupondo a existência de prestador e tomador**.

Forte nessa premissa, o conceito de “serviço tributável” não pode ser extraído, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor⁷, ainda que as relações bancárias em geral a ele se submetam, tampouco pode ser pautado nas nomenclaturas ou na forma de contabilização atribuídas pelos órgãos regulatórios, como é o caso do BACEN⁸. Não por outro motivo, o artigo 4º do CTN preceitua que a natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador da obrigação tributária, sendo irrelevantes quaisquer aspectos meramente formais.

No mais, **por argumento e a confirmar a ausência de serviço tributável de competência municipal**, tem-se que, caso se entendesse tributáveis as etapas ou atividades-meio que a constitui, como a análise de crédito, a **competência impositiva seria da União**, seguindo a mesma sorte da atividade principal objeto do vínculo jurídico (empréstimo emergencial).

Pelo exposto, por se originarem de atividade-meio, desprovida de autonomia e vinculadas à atividade principal efetivamente contratada (empréstimo emergencial⁹), de natureza financeira, as receitas advindas das “Tarifas de Adiantamento a Depositantes” não se submetem à incidência do ISS, despontando cristalina a insubsistência das autuações ora combatidas, nos termos do artigo 156, inciso III, da Constituição Federal e artigo 1º da Lei Complementar nº 116/03, e do entendimento já externado pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

⁶ Há muito decidiu o E. STF (RE 161.121-3/SP), “(...) há de prevalecer a definição de cada instituto, e **somente a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento (...)**”.

⁷ Para o Direito Consumerista, “**Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista**” (CDC, art. 3º, § 2º).

⁸ Ao mesmo tempo em que o BACEN determina a que as receitas das tarifas de “AD” sejam contabilizadas no COSIF nº 7.1.7 – Receitas de Prestação de Serviços, ele próprio denomina o AD como “operação de crédito” (Circular 3.371/07), evidenciando sua atecnia tributária.

⁹ Tanto é assim que o montante do adiantamento sofre a incidência de juros, desde a data da concessão até a data do pagamento, bem como constitui base de cálculo para o IOF, nos termos do art. 2º, inciso I c/c art. 3º, § 3º, inciso I, do Decreto nº 6.306/2007. Dispõe o art. 2º, inciso I c/c art. 3º, § 3º, inciso I, do Decreto nº 6.306/2007 “O IOF incide sobre: I - operações de crédito realizadas” (...). “Art. 3º. O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado (...). § 3º A expressão “operações de crédito” compreende as operações de: I - empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de títulos”.

Por fim, para elucidar, de forma breve e didática, toda a operação de empréstimo emergencial ora discutida, junta-se o vídeo explicativo anexo (**doc. 05**), disponível via QR CODE a seguir:



Sendo assim, no caso concreto, o núcleo da atividade é uma operação de crédito, ou seja, concessão de crédito emergencial, que sequer retrata uma obrigação de fazer e, justamente por tal motivo, não está enquadrada em nenhum dos itens contidos na lista anexa à LC n.º 116/2003. Sendo inaplicável a invocação da Súmula n.º 424 do E. STJ, que possui a seguinte redação “*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.*”

5. CRITÉRIO JURÍDICO DE DISTINÇÃO ENTRE A INCIDÊNCIA DO DENOMINADO “IOF” E ISS – CAMPOS DE ATUAÇÃO DISTINTOS

A corroborar com o exposto acima, vale lembrar que a criação e a exigência do Imposto sobre Operações Financeiras pela União e do ISS e pelos Municípios e Distrito Federal estão delimitadas pelos arquétipos constitucionais das suas respectivas materialidades, ante os quais impõe-se concluir que:

- a) a União Federal só poderá instituir imposto gravando as operações (negócios jurídicos) com (que tenham por objeto) o crédito, o câmbio, o seguro, os títulos mobiliários, os valores mobiliários ou o ouro (enquanto ativo financeiro ou instrumento cambial);*
- b) os Municípios por sua vez, só poderão tributar prestações de serviços (excetuadas apenas as de transporte interestadual ou intermunicipal e as de comunicação, eis que reservadas à competência dos Estados). Não podem os Municípios tributar quaisquer fatos que não possam ser qualificados como “serviço”, segundo as elaborações do direito privado.*

Esses distintos e díspares âmbitos de incidência são excludentes, sendo incabível submeter um único fato (praticar operação com v.g. crédito) à incidência do IOF e do ISS. Não se pode, senão com ofensa à Constituição, submeter operações que tenham por objeto o crédito também ao ISS.

Assim, é imperioso estrear o campo de incidência do IOF e do ISS, a fim de sujeitá-los a um ou outro, na exata medida das respectivas competências privativas. O caminho ou critério para tanto – único conducente à separação consentânea com o sistema constitucional – exige digressão em torno das obrigações de fazer, categoria geral de direito amplamente estudada pelos civilistas.

As obrigações de fazer impõem a execução, a elaboração, o fazimento de algo até então inexistente. Consistem, estas últimas, num serviço a ser prestado pelo devedor (produção, mediante esforço humano, de uma atividade material ou imaterial). Nas obrigações de fazer segue-se o dar, mas este não se pode concretizar sem o prévio fazimento, que é o objeto precípua do contrato (enquanto o “entregar” a coisa feita é mera consequência).

Em resumo, as obrigações *in faciendo* (de fazer) referem-se a ato ou serviço a cargo do devedor (prestador).

Dessa rápida análise da posição da doutrina já é possível concluir que o regime jurídico tributário a que se subordinam certos fatos exige se perquiram — com a profundidade requerida — a natureza e objeto do contrato em consequência do qual se produzem os fatos considerados.

Examinado em que consistem as obrigações de fazer, cumpre extrair as implicações das seguintes premissas: só pode incidir ISS onde haja obrigação de fazer. Por outro giro, não pode incidir ISS onde não haja obrigação de fazer. Veja-se:

O ISS só alcança — e só pode alcançar — a obrigação de fazer, aquela cuja prestação é o próprio serviço do prestador, sua atividade de servir. É, enfim, o esforço humano, físico ou intelectual, que desenvolve. Esse imposto só pode incidir onde haja obrigação de fazer.

Dessa noção elementar decorre que as operações (negócios jurídicos) com (que tenham por objeto) o crédito, o câmbio, o seguro, os títulos mobiliários, os valores mobiliários ou o ouro (enquanto ativo financeiro ou instrumento cambial), por configurarem obrigações absolutamente diversas das de fazer, não se constituem fatos subsumíveis ao ISS.

Como visto anteriormente, não basta que existam crédito, câmbio, seguro, títulos mobiliários, valores mobiliários ou ouro (enquanto ativo financeiro ou instrumento cambial) para que possa restar configurada — na forma da Constituição — a incidência do intitulado “IOF”. Faz-se imprescindível a conjugação de “realizar operações” e “câmbio”, “seguro”, “títulos mobiliários”, “valores mobiliários” ou “ouro (enquanto ativo financeiro ou instrumento cambial)”, relacionando-se como ato e seu objeto, é dizer, não é suficiente a existência de v.g crédito, se ele não se constituir em objeto de uma operação (um negócio jurídico que o tem como finalidade).

Com efeito, a CF pressupõe o termo “operação”, isto é, o “negócio jurídico” que tem por desígnio, exemplificativamente, conferir crédito, ou envolver câmbio, seguro, títulos mobiliários, valores mobiliários ou ouro (enquanto ativo financeiro ou instrumento cambial) a outrem, como o cerne da hipótese de incidência do denominado IOF, a evidenciar, portanto, com inequívoca clareza, que esse imposto não grava um “fazer”. É inquestionável, pois, que, o campo de incidência do denominado IOF não envolve nunca uma obrigação de fazer, alvo de incidência do ISS.

Em outras palavras, como o negócio jurídico subjacente não revela uma obrigação de fazer, é vedado à lei ordinária prever a incidência de ISS (e, com maior razão, é vedado ao aplicador administrativo pretender exigi-lo).

Portanto, é evidente a inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança de ISS em voga, que visa à cobrança de receitas oriundas de efetivas operações de crédito e recuperação de

créditos baixados como prejuízo, cujo campo de incidência se sujeita ao IOF de competência da União Federal, que em nada se confundem com prestação de serviços.

6. DA DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA

Na eventualidade de não serem acatados os argumentos acima expostos, o que não se acredita, entende-se que os encargos moratórios não podem ser cobrados da forma como apurado pela fiscalização.

Veja-se:

Dispõe o artigo 394 do Código Civil: "*Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que o não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.*"

Ocorre a mora *solvendi* quando o devedor, por culpa sua, não cumprir a prestação devida na forma, tempo e lugar estipulados. Já a mora *accipiendi* consiste na injusta recusa do credor de aceitar o cumprimento da obrigação devida na forma, tempo e lugar estabelecidos.

Ainda sob ponto de vista dos planos jurídicos, a existência de lançamentos tributários ilegais é capaz de afastar a eficácia jurídica do valor devido, tornando ilíquida a prestação, não podendo caracterizar, portanto, a mora *debendi*.

A existência de lançamentos ilegais contrários às normas do Código Tributário Nacional e da Legislação Especial demonstra a atuação do credor contrária ao direito, produzindo a invalidade jurídica dos lançamentos indevidos e a ineficácia dos encargos moratórios, das quais decorrem a sua inexigibilidade e inimputabilidade ao devedor.

Ante o exposto, pugna pela descaracterização da mora, eis que o Recorrente não deu causa à mesma, sendo que, conforme demonstrado, as atividades financeiras as quais pretende a municipalidade tributar não são objeto de incidência de ISS.

7. DA DIVERGÊNCIA DO VALOR COBRADO E DO APURADO PELOS BALANCETES FISCAIS

Não bastasse o exposto, ainda há de se destacar o fato de que os valores apurados pela Autoridade Fiscal, divergem dos valores apurados pelos balancetes fiscais da instituição financeira, ora Recorrente, sendo que essa diferença se refere a diferença de alíquota dos itens 10.02; 10.01 e 28.01 respectivamente. Em nosso balancete e relatório mensal de ISSQN, as subcontas: 7.299.203.000.000; 7.299.274.000.000; 7.299.362.000.000; 7.299.499.000.000; 7.376.097.000.000, a alíquota aplicada foi de 2,5% e o fisco considerou alíquota de 5%.

O total apurado de diferença de alíquota destas contas é R\$ 895,70, restando por fim, uma diferença cobrada a maior pelo fisco no montante principal de R\$ 551,34.

Para defesa, segue ainda, os balancetes, relatórios de apuração do ISS pago e guias quitadas no período autuado (**Docs. 06 e 07**).

8. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer a extinção do lançamento em questão e, por consequência, do processo administrativo fiscal nº 129/2017, conforme as razões acima aduzidas.

Por fim, requer, que todas as intimações direcionadas ao Itaú-Unibanco S.A e/ou seus advogados, sejam efetuadas em nome do procurador **JULIANO RICARDO SCHMITT – OAB/RS 99.963A**, e **SEMPRE** remetidas via postal para o endereço Rua Frederico Guilherme Busch, nº 87, 3º Andar, Sala 301, Jardim Blumenau, Blumenau/SC – CEP: 89010-360, sob pena de nulidade se assim não ocorrer.

Informa-se também o endereço eletrônico dos procuradores, para recebimento de intimação, qual seja, < intimar@oliveiraeantunes.com.br >.

**Nestes termos,
Pede deferimento.**

Blumenau, 14 de março de 2022.


Juliano Ricardo Schmitt
OAB/PR 58.885
OAB/SC 20.875
OAB/RS 99.963A