

Interpretação e Estado de Direito

Autores

Aldo de Paula Junior

Betina Treiger Grupenmacher

Clélio Chiesa

Cristiano R. de Carvalho

Daniel Monteiro Peixoto

Dejalma de Campos

Eduardo Pugliese Pincelli

Elídie Palma Bifano

Estevão Horvath

Eurico Marcos Diniz de Santi

Fabiana Del Padre Tomé

Fernando Aurélio Ziveti

Guilherme Adolfo Mendes

João Maurício Adeodato

José Antônio Minatel

José Eduardo Soares de Melo

José Roberto Rosa

Júlio Maria de Oliveira

Luís Cesar Souza de Queiroz

Luiz Fernando Mussolini Junior

Marcelo Viana Salomão

Márcio Severo Marques

Marcos Vinícius Neder

Maria Rita Ferragut

Mary Elbe Queiroz

Paulo de Barros Carvalho

Paulo Roberto Lyrio Pimenta

Pedro Einstein Santos Anceles

Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli

Robson Maia Lins

Susy Gomes Hoffmann

Tácio Lacerda Gama

Tárek Moysés Moussallem


Torquato da Silva Castro Jr.

III Congresso Nacional de Estudos Tributários

IBET: há 30 anos ensinando a convencer com a autoridade do argumento

Presidente do Congresso: PAULO DE BARROS CARVALHO
Coordenação: EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI

**11, 12 e 13 de dezembro de 2006
Hotel Renaissance em São Paulo**

Copyright © 2006 By Editora Noeses
Produção editorial: Denise A. Dearo
Capa:  GERACOMUNICAÇÃO

CIP - BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

Congresso do IBET, III.
Interpretação e Estado de Direito / Barreto, Aires Fernandino e outros.
São Paulo: Editora Noeses, 2006. 888 p.
ISBN 85-99349-09-0

1. Direito. Teoria Geral do Direito. 2. Estado de Direito. 3. Interpretação do
Direito. I. Barreto, Aires Fernandino e outros. II. Congresso do IBET. III. Título

CDU 340.12

Índice para catálogo Sistemático: Direito. Teoria Geral
Estado de Direito
Interpretação e Estado de Direito
Teoria Geral do Direito. Interpretação

Primeira edição: Novembro de 2006

Todos os direitos reservados



Editora Noeses Ltda.

Tel/fax: 55 11 3666 6055

www.editoranoeses.com.br

TRIBUTAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO E QUESTÕES CONTROVERSAS

Marcelo Viana Salomão

*Advogado do escritório Brasil Salomão e Matthes
Advocacia, mestre e doutorando em Direito Tributário pela
PUC/SP,*

Diego Diniz Ribeiro

*Advogado do escritório Brasil Salomão e Matthes
Advocacia, especialista em Direito Tributário pelo IBET e
mestrando em Direito Tributário na PUC/SP e*

Gabriel Magalhães Borges Prata

*Advogado do escritório Brasil Salomão e Matthes
Advocacia, especialista em Direito Tributário pelo IBET e
mestrando em Direito Tributário na PUC/SP*

1. Premissas fundamentais

1.1. Da norma jurídica

Antes de adentrar no tema propriamente dito, mister se faz a fixação de determinadas premissas imprescindíveis para a contextualização do problema ora tratado. Sendo assim, convém primeiramente delimitar o conceito de norma jurídica para, a partir de então, discorrermos sobre as questões controversas no setor bancário.

Objetivando atingir o fim acima proposto e iniciando nossa análise sob uma perspectiva lingüística, insta preliminarmente destacar que signo é um ente que apresenta um *status* lógico de relação. Sua função é relacionar um *suporte físico* a um *significado* para, em seguida, dar origem a uma *significação*.

O suporte físico do signo é a palavra falada ou escrita que, por sua vez, refere-se a algum objeto do mundo, que é seu significado e que resultará em um juízo ou conceito, denominado significação.

Percebe-se, pois, que o signo se apresenta como uma relação triádica entre *suporte físico*, *significado* e *significação*. A título de exemplo, é possível afirmar que a palavra *carro* se apresenta como *suporte físico*. A espécie de veículo automotor que esta palavra representa é o *significado* e, por fim, o conceito que formulamos em nossa mente diante desta palavra é a *significação*.

Partindo de tais premissas, podemos agora afirmar que norma jurídica é juízo hipotético-condicional de valor. Trata-se de juízo na medida em que é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Ela se produz na mente do intérprete, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos.

Fazendo um paralelo com o triângulo semiótico formulado por E. HUSSERL, PAULO DE BARROS CARVALHO assevera que *o conjunto dos textos do direito posto ocupa o tópico de suporte físico, repertório das significações que o jurista constrói, compondo juízo lógicos, e que se reporta ao comportamento humano, no quadro de suas relações intersubjetivas (significado)*¹.

Percebe-se, em síntese, que a norma jurídica é o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Daí pode se concluir que um único texto pode originar diversas significações diferentes.

Não obstante, só que agora sob uma perspectiva lógica, a norma jurídica é delimitada como juízo *hipotético-condicional*. Isto porque a norma jurídica, formalmente falando, se apresenta como um condicional: “dado o fato X, deve-ser a relação Y”.

A sua estrutura é dual, apresentando, assim, um antecedente (no qual se descreve um determinado fato possível) e um conseqüente (prescritor de relação jurídica intersubjetiva).

Percebe-se, pois, que a proposição normativa incide na realidade, embora não coincida com ela. Ocorre que, apesar da proposição

1. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005. p. 08.

normativa incidir na realidade sem necessariamente coincidir com ela, é imprescindível que esta mesma proposição tenha validade semântica, i.e., seja capaz de atingir a realidade, alterando normativamente a conduta. Não se exige, portanto, a “coincidência” com a realidade, mas sim a referência para com ela, até porque o direito somente se concretiza com a possibilidade de sua realização.

Sendo assim, para que a norma altere a conduta a ser regradada, mister se faz que a mesma trate de condutas possíveis sem, entretanto, tratar de condutas necessariamente possíveis.

Isso ocorre porque se a conduta prescrita é necessária, a prescrição estabelecida perde a razão de existir. Seu advento pouco importa para alterar normativamente a conduta. Essa última irá se realizar independentemente do advento de norma jurídica.

De nada adianta prescrever que “dado o fato de nascer, é obrigatório morrer”. A morte é fato necessário para todos aqueles que se encontram vivos. Embora o exemplo aqui delineado seja um tanto quanto mórbido, é bem preciso para demonstrar que a norma jurídica que prescreve uma conduta necessária é vazia de conteúdo, na medida em que não é capaz de alterá-la normativamente.

O mesmo se dá com as condutas impossíveis. De nada adianta para o direito posto prescrever que “dado o fato de se deparar com um unicórnio, é obrigatório arrancar-lhe o chifre”. Esta norma jamais será capaz de alterar a ação do homem no sentido de realizar a conduta ali descrita, eis que tal conduta é impossível de ser realizada.

É por isso que o prof. VILANOVA nos ensina que *um dos sentidos deônticos da possibilidade está na permissão lícita de fazer ou omitir algo*² e esta é a raiz deontológica do direito: *Se for factualmente necessário, ou factualmente impossível uma conduta ou um fato, resultará num sem-sentido estatuir proposição normativa contraposta ao curso natural das coisas*³.

Dessa feita, resta claro que na hipótese da norma há a descrição de um determinado fato possível que, uma vez ocorrido no mundo fenomênico, implicará no conseqüente normativo.

2. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 83.

3. Op. cit. p. 89.

Como visto, referidas proposições (antecedente e consequente) são relacionadas de forma implicacional, por intermédio da atuação de um functor deontico neutro ou, em outros termos, pela utilização de um operador deontico interproposicional. A causalidade em questão é normativa e pode, ou não, coincidir com a causalidade natural. Formalmente tem-se que: “ $P \rightarrow Q$ ”, ou seja, dado um fato “ p ”, “deve-ser” a consequência “ q ”. O functor deontico relaciona-se, de forma neutra, com a hipótese (“ p ”) e com a tese (“ q ”).

Já o consequente normativo, por seu turno, prescreve relações intersubjetivas estatuídas pelo ordenamento jurídico como efeitos da ocorrência do fato descrito no antecedente normativo. Sob uma perspectiva formalizada, a tese ou o consequente normativo poderia ser assim representado:

$S'RS''$,

no qual S' e S'' representam os sujeitos integrantes da relação ali prescrita, enquanto que o signo R se refere ao relacional deontico intraproposicional que se faz presente através de um dos três modais típicos das normas jurídicas, quais sejam, permitido (P), proibido (V) e obrigatório (O).

Nesse diapasão, i.e., sob uma perspectiva lógica, resta claro que a norma jurídica se estrutura de forma dual, sendo composta, portanto, por um antecedente (seletor de fatos possíveis) e um consequente (prescritor de relação jurídica), os quais são conectados por um operador deontico neutro (meramente implicacional).

Estabelecido o conceito de normas jurídicas, podemos agora nos debruçar sobre a idéia de competência tributária, bem como a incidência de determinadas exações sobre operações do setor bancário.

1.2. Competência tributária

Outra premissa fundamental há que ser firmada aqui, embora em breves palavras: o conceito de competência tributária e a forma com que ela foi outorgada pelo constituinte às pessoas políticas.

Nos dizeres de PAULO DE BARROS CARVALHO, competência tributária “*é uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes de que são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na possibilidade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos*”.

As competências, de um modo geral, encetam regras de estrutura, na classificação empregada por BOBBIO⁴ e adotada pelo mestre acima citado, porquanto não ferem diretamente as condutas interpessoais, mas ditam a forma pela qual as normas de conduta devem ser criadas, modificadas ou extintas; afetam, por assim dizer, uma outra conduta: a do legislador que, no decorrer de sua atividade, deve se orientar segundo os critérios por elas estipulados.

Neste mister, as competências tributárias nada mais são dos que normas jurídicas, estruturadas segundo um juízo hipotético-condicional, cujo conseqüente encerra o modal dêontico (PO), que significa: *permitido obrigar*. Representam, pois, uma autorização constitucional dada aos entes políticos, para que possam instituir tributos.

É por isso que se diz, como ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA⁵, que a *“Constituição Brasileira não criou tributos, mas, apenas, discriminou competências para que a União, o Estados, os Municípios e o Distrito Federal, por meio de lei, venham a fazê-lo.”*

É preciso reconhecer, entretanto, que, via de regra, a Carta Suprema traçou o arquétipo possível da norma-padrão de incidência, fazendo alusão direta ao seu aspecto material. Com isso, traçou o campo de atuação dos legisladores das pessoas políticas, impondo limites rígidos, que não podem ser ultrapassados sob pena de inconstitucionalidade da norma que o fizer.

Em outras palavras: se ao legislador foi outorgada competência para instituir tributos, essa competência há que ser exercida dentro dos lindes previamente desenhados na Constituição.

Bem firmada essa premissa, vejamos, agora, a competência impositiva outorgada aos Municípios para a instituição do Imposto Sobre Serviços de Qualquer natureza.

1.2.1. Repartição das competências tributárias. Não incidência do ISS sobre as operações financeiras

Como vimos acima, Constituição Federal, ao disciplinar o sistema tributário nacional, outorgou competência tributária a cada

4. *Apud*: Paulo de Barros Carvalho, *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 3ª ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004.

5. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo: Editora Malheiros, 19ª ed., 2003, p.444.

um dos entes políticos, conotando a classe de fatos que poderiam integrar o campo de incidência dos impostos ali previstos.

Ao assim proceder, traçou o arquétipo constitucional da regra-matriz de incidência de quase todos os tributos, delimitando, pois, o campo de atuação dos legisladores das pessoas políticas.

Precisamente quanto à competência impositiva dos Municípios, o art. 156, III, da Constituição Federal, outorgou-lhe, dentre outros, o imposto incidente sobre “*serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.*”

Embora esse preceito constitucional constitua uma regra de estrutura, que por si só não institui o tributo, ele nos permite delinear a norma-padrão de incidência do ISS, já que aludiu expressamente *ao seu critério material possível*, qual seja, a prestação de serviço.

Em outros termos, apenas os fatos que constituam “serviços” no sentido jurídico do termo é que são suscetíveis à incidência do ISS. E o conceito de “serviço”, em sua acepção jurídica, representa a primeira baliza posta à atividade legiferante dos entes impositivos.

Mas vale lembrar que há limites objetivos traçados pela Constituição Federal, dos quais podemos enumerar, desde já, pelo menos dois: (i) como se vê do artigo 155, II, estão excluídos expressamente da hipótese de incidência possível do ISS os serviços compreendidos neste dispositivo; (ii) por outro lado, para que possa haver incidência do imposto municipal, os serviços devem estar previstos expressamente em lei complementar, consoante determina a parte final do art. 156, III. Esta determinação constitucional vem em consonância com o que dispõe o art. 146, I, da Constituição Federal, cuja finalidade é evitar conflitos de competência.

Observe-se, pois, que há um campo ou um conjunto de fatos passíveis de tributação pelo ISS previamente delineados pela Constituição Federal.

Assim é que, o conteúdo semântico do vocábulo serviços há que ser definido de forma objetiva, em face do ordenamento jurídico vigente, eis que um maior ou menor alargamento de sua significação poderá implicar, por via indireta, na ampliação da competência impositiva dos Municípios.

Vejamos, então, com os olhos voltados ao Direito Privado, o que vem a ser prestação de serviços, espécie de contrato previsto no Código Civil, precisamente, em seu artigo 594:

Art. 594 (CC/2002) Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante retribuição.

Com efeito, a prestação de serviço pode ser entendida como *“um contrato pelo qual uma das partes se obriga para com a outra a prestar-lhe uma atividade lícita, material ou imaterial, mediante remuneração (RT, 642:189, 622:138, 618:96, 490:181, 594:104, JB, 141:311; Súmula 214 do TRF).”*⁶

Trata-se, pois, de atividade consistente no emprego do esforço humano com o fito de propiciar uma vantagem material a outrem. Aires Barreto, ao aludir ao conceito constitucional de serviço, definiu-o como *“prestação de esforço humano a terceiros, com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob regime de direito privado, tendente à obtenção de um bem material ou imaterial.”*⁷

Sob este prisma, em consonância com os arts. 247 a 249 do Código Civil Brasileiro, nos é dado concluir que a prestação de serviço possui natureza jurídica de OBRIGAÇÃO DE FAZER.

Ressalte-se que as OBRIGAÇÕES DE FAZER diferenciam-se das OBRIGAÇÕES DE DAR, porque o conteúdo desta consiste no compromisso de entrega de uma coisa, ao passo que, naquela, o objeto da prestação representa um ato pessoal, uma atividade do devedor em benefício do credor.

É notório, pois, que o contrato de prestação de serviços, previsto expressamente no art. 594, do Código Civil, consiste em típica OBRIGAÇÃO DE FAZER. A análise da natureza jurídica das várias espécies de contratos existente em nosso ordenamento é

6. Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, 3ª ed., Saraiva, 1997, pág. 825, nota II.

7. Aires Barreto, “ISS – Não incidência sobre cessão de espaço em bem imóvel”, *Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de outubro de 1999 – nº 19/99 – caderno 1*, p. 580, *apud* José Eduardo Soares de Melo, “Aspectos Teóricos e Práticos do ISS”, p. 32.

critério apto a distinguir e delimitar quais atividades estão ou não sujeitas à incidência do ISS.

Ora, se a prestação de serviço possui natureza de obrigação de fazer, por inferência direta podemos concluir que as OBRIGAÇÕES DE DAR não podem ser tributadas pelo imposto municipal.

Mas não apenas esse critério deve ser levado em consideração para se fixar o campo de incidência do ISS. Com efeito, muito mais amplo é conceito de obrigações de fazer, que nem sempre coincide com o de prestação de serviço. Há uma relação de gênero e espécie entre estes conceitos, de modo que nem toda obrigação de fazer consiste em prestação de serviço, mas toda prestação de serviço possui natureza jurídica de obrigação de fazer. Em outros termos: o conceito de prestação de serviço está contido no conceito de obrigação de fazer.

É ainda insuficiente, contudo, a classificação de um negócio jurídico como “prestação de serviço” para que se possa dizê-lo compreendido no campo de incidência do ISS. Com efeito, o conceito de “serviço tributável pelo ISS” é ainda mais restrito do que aquele.

Em parecer inédito, BERNARDO RIBEIRO DE MORAES⁸ adverte para a existência de diversas definições do vocábulo “serviço”, concluindo que:

“(…) o serviço tributável pelo ISS deve atender aos seguintes requisitos:

- a) ter definição de ‘serviço’ através de lei complementar, respeitando o conceito de direito privado (atividade humana);
- b) ser bem incorpóreo ou imaterial;
- c) respeite as limitações da constituição constante do artigo 155, III;
- d) seja prestado por empresa ou profissional autônomo;
- e) seja prestado por terceiro;
- f) seja prestado mediante paga ou contraprestação, pois o imposto é sobre a circulação”.

8. Apud, Fábio Soares de Melo, *in* Revista Dialética de Direito Tributário, “Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). Arrendamento Mercantil (Leasing). Critérios para Definição do Município Competente. Lei Complementar nº 116/03”, p. 69

MARÇAL JUSTEN FILHO⁹, por sua vez, assevera que o critério material possível da regra-matriz de incidência do ISS consiste na “prestação de utilidade (material ou não) de qualquer natureza, efetuada sob regime de Direito privado mas não sob regime trabalhista, qualificável juridicamente como execução de obrigação de fazer, decorrente de um contrato bilateral.”

Daí podemos concluir que todo e qualquer serviço – entendido como atividade decorrente do esforço humano em benefício de outrem – que não seja de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal; que não seja prestado sob o regime trabalhista; que decorra de contrato bilateral; e que tenha cunho econômico, são, em regra, tributáveis pelo ISS. Caso um fato não preencha tais requisitos, não poderá ser tomado como serviço – ao menos para fins de incidência do referido tributo.

Em outras palavras: aquilo que não configure obrigação de fazer não pode ser tomado por serviço; e se assim é, não se pode falar em incidência do ISS, porquanto a Constituição Federal outorgou competência aos Municípios para instituir tal tributo apenas e tão-somente sobre as atividades que integrem este conceito.

Caso pretenda o Município tributar fato cuja natureza é de obrigação de dar, extrapolará a competência impositiva que lhe conferiu a Constituição Federal e, por conseqüência, usurpará o campo de atuação de outro(s) ente(s) político(s).

O conceito de prestação de serviço, já consolidado secularmente em nosso ordenamento jurídico, há que ser respeitado, sob pena haver indevida ampliação do âmbito constitucional do ISS.

Admitir uma interpretação extensiva (*ultra legem*) do conceito de serviço seria conferir ao legislador de qualquer dos entes tributantes um domínio ilimitado de atuação, em expressa afronta à repartição de competências, espinha dorsal de todo o Sistema Constitucional Tributário.

Ora, os conceitos dos termos empregados na Constituição, mormente quando sedimentados em nosso ordenamento jurídico, não que

9. O ISS, a Constituição de 1988 e o Decreto-Lei 406/68, *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 3, p.66.

ser respeitados, pois que, senão, nossa Lei Maior tornar-se-á um aglomerado de expressões vazias de conteúdo, a serem preenchidas aleatoriamente pelos legisladores infraconstitucionais segundo o que melhor lhes aprouver. Admitir tal hipótese seria aceitar a subversão da ordem constitucional, o que tornaria caótico o nosso ordenamento jurídico.

Sob o tema, vale a transcrição do voto do Ministro LUIZ GALLOTI proferido no recurso extraordinário nº 71.758:

“se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruidaria todo o sistema tributário inscrito na Constituição.”¹⁰

Outra, portanto, não pode ser a conclusão senão a de que um determinado fato jurídico, para que possa ser considerado serviço, há que preencher um critério mínimo e apriorístico: possuir natureza jurídica de OBRIGAÇÃO DE FAZER; por outro lado, uma vez empregado na Constituição como critério material da regra-matriz de incidência do ISSQN, é vedado ao legislador dos entes políticos alterar conceito de serviço, sob pena de subversão da ordem constitucional, em expressa afronta ao artigo 156, III, daquela Carta.

O raciocínio aqui trilhado, embora decorra do próprio sistema constitucional tributário, é reforçado pelo artigo 110 do Código Tributário Nacional que, de modo didático, dispôs: *“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”*.

Ademais, a corroborar este entendimento, o próprio E. Supremo Tribunal Federal já decidiu que o ISS não pode ser exigido sobre OBRIGAÇÕES DE DAR.

Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121/SP, o Plenário daquela Corte seguiu o voto do proferido pelo Excentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, que ora transcrevemos parcialmente, *verbis*:

10. Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 66, p. 165.

“IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – artigo 110 do Código Tributário Nacional.”

Transcrição do voto:

“Tenho para mim, na mesma linha de entendimento exposta por AIRES FERNANDINO BARRETO (“Revista de Direito Tributário”, vol. 38/192) e por CLÉBER GIARDINO (“Revista de Direito Tributário”, vol. 38/196), que a qualificação de “locação de bens móveis”, como serviço, para efeito de tributação municipal mediante incidência do ISS, nada mais significa do que a inadmissível e arbitrária manipulação, por lei complementar, da repartição constitucional de competências impositivas, eis que o ISS somente pode incidir sobre obrigações de fazer, a cuja matriz conceitual não se ajusta a figura contratual da locação de bens móveis.(...)” (RE 116.121-3, 11/10/2000 – Tribunal Pleno, DJ de 25/05/2001, p. 669) (g.n.)

Do quanto já foi até aqui exposto, e calcados no julgamento do STF acima transcrito, já é possível, desde já, firmarmos a seguinte conclusão, que mais adiante nos servirá de premissa: se determinada atividade não configura prestação de serviço, não poderá ser tributada pelo ISS.

1.2.2. Da competência impositiva da União para tributar operações financeiras

Com efeito, consoante se depreende do art. 153, V, compete à União instituir imposto sobre “operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”, também chamado Imposto sobre Operações Financeiras (IOF).

Este tributo compreende hipóteses de incidência diversas, as quais são explicitadas no art. 63, do Código Tributário Nacional, que dispõe:

“Art. 63 – O impostos 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.”

Diversos, pois, são os critérios materiais possíveis das normas-padrão de incidência do IOF e do ISS. Primeiro que os fatos elencados pelo citado artigo 63 não possuem natureza jurídica de prestação de serviços; e, segundo, porque as operações financeiras, como de resto já demonstrado, são de competência privativa da União Federal.

Tais preceitos constitucionais, entretanto, não vêm sendo observados por grande parte dos Fiscos Municipais, que pretendem exigir o ISS sobre receitas que não decorrem de prestação de serviços, mas de operações outras que não estão compreendidas na competência impositiva dos Municípios.

É o que ocorre, muitas vezes, com os contratos de operações de câmbio, de fiança e aval, de crédito e de arrendamento mercantil (*leasing*) os quais, a despeito de não se encontrarem no campo de incidência do Imposto Sobre Serviços, são alvos da fúria arrecadatória dos Municípios.

2. Tributação do setor bancário e questões controversas

2.1. O ISS não incide sobre operações de câmbio

Uma das típicas operações financeiras que é praticada corriqueiramente pelas instituições financeiras, e que não raro é alvo da fúria arrecadatória dos municípios, é o contrato de câmbio.