

COBRANÇA INDEVIDA DE ISS POR PARTE DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO EM FACE DAS MERAS OPERAÇÕES DE CÂMBIO REALIZADAS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

VICTOR

PONTES

DE

MAYA

GOMES



Sócio do escritório Pontes & Cardoso Advogados, pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET e em Planejamento Tributário e Societário pela Associação Paulista de Estudos Tributários - APET.

O Município de São Paulo, por meio de seus agentes fiscais, vem procedendo indistintas autuações em face das instituições financeiras (entenda-se bancos) sediadas na capital, correspondentes ao imposto sobre serviços – ISS, tendo em vista as meras operações de câmbio por estas realizadas. O fundamento que vem sendo utilizado pelo Fisco Municipal nas autuações destas instituições é a suposta prestação de “serviços do grupo bancário, financeiro e securitário”.

Entre as meras operações de câmbio, efetuadas pelas instituições financeiras, e a efetiva prestação dos correlatos serviços, normalmente exercido pelas corretoras, existe uma gigantesca diferença. E é justamente esta diferença que aponta as diferentes incidências tributárias de cada situação.

Enquanto as meras operações de câmbio representam a hipótese de incidência do IOF - câmbio, imposto de competência da União (artigo 153, V, da CF/88), os serviços relacionados ao setor do grupo bancário, financeiro e securitário, que constam da lista de serviços da LC 116/2001, se enquadram na hipótese de incidência do ISS, cuja competência foi atribuída aos Municípios (artigo 156, III, CF/88).

Percebe-se, portanto, que as autuações que vem sendo procedidas pelo Município de São Paulo, decorrentes da realização de operações de câmbio pelas instituições financeiras e desacompanhadas de qualquer prestação de serviço, são evidentemente indevidas, ilegais e até mesmo inconstitucionais. É o que tentaremos demonstrar.

Considerando que é a partir do binômio fato gerador/base de cálculo que melhor se identificam os tributos previstos na Constituição, na linha do Professor Paulo de Barros Carvalho¹, oportuno fazer respectiva abordagem em relação ao IOF – câmbio e ISS.

¹ Sobre o tema, Paulo de Barros Carvalho, em seu Curso de Direito Tributário, página 29, leciona que “(...) no direito brasileiro, o tipo tributário se acha integrado pela associação lógica e harmônica da hipótese de incidência e da base de cálculo.”.

A Constituição Federal, delimitadora das competências tributárias, estabelece em seus artigos 153, V, e 156, III, respectivamente, os critérios materiais do IOF e do ISS, senão vejamos:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

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

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

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

(original sem destaques)

Numa simples análise dos dispositivos acima transcritos são facilmente identificados os critérios materiais dos impostos em tela. Tem-se para o IOF o **realizar operações** de crédito, **câmbio** e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários, enquanto que para o ISS o **prestar serviços** de qualquer natureza, definidos em lei complementar.

Sendo o critério material do ISS o “*prestar serviços*”, somente haverá correlata incidência sobre os **serviços** efetivamente **prestados** do grupo bancário, mas nunca sobre uma mera **realização de operação de câmbio**, a qual representa o critério material e o próprio fato gerador do IOF - câmbio.

Quanto ao binômio fato gerador/base de cálculo, observa-se o seguinte cenário em relação aos impostos em questão: **(i)** o IOF – câmbio, nos termos do inciso II do artigo 63 do Código Tributário Nacional, possui como fato gerador a efetivação da operação de câmbio mediante a entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este; **(i')** e como base de cálculo (artigo 64, CTN) o respectivo montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição (ou seja, o valor da respectiva operação); **(ii)** já o ISS, segundo o artigo 1º da Lei Complementar n.º 116/2003, possui como fato gerador a prestação dos serviços constantes da lista de serviços anexa à lei complementar; **(ii')** e como base de cálculo o valor de correlatos serviços, conforme prescrição do artigo 7º desta mesma lei.

Acerca do conceito de operações de câmbio, SACHA CALMOM NAVARRO

COELHO, em seu Curso de Direito Tributário², cita Milve Antônio Peria, o qual procede com a seguinte definição:

“É uma troca de moeda de um país pela do outro. Moeda é aqui empregada em seu sentido mais lato e compreende não só a moeda metálica e o papel moeda, como também qualquer documento que a represente. Portanto, podemos definir o câmbio como uma operação de compra e venda de moedas estrangeiras ou de papéis que a representem. É pois a conversão de moeda nacional em estrangeira e vice-versa.”

Certamente, de acordo com os termos e cláusulas contratuais, bem como em face da definição de operação de câmbio, o contrato firmado entre o Bank Union e o Banco Indusval S/A apresenta como objeto, indubitavelmente, a mera operação (compra) de câmbio, razão porque não deve sofrer a incidência do Imposto Sobre Serviços - ISS, da forma como pretende o Fisco Municipal de São Paulo.

Como não há qualquer contratação para prestação de serviços a serem realizados pelo Bank Union, não existindo, conseqüentemente, o critério material do ISS (“prestar serviços”), não se justifica a cobrança por parte do Município de São Paulo, mostrando-se indevida. O que efetivamente existe é uma simples contratação para compra de moeda estrangeira, em específico o dólar norte americano.

Ademais, tamanho é o equívoco na cobrança procedida pelo Município de São Paulo que chegou ao ponto de utilizar como base de cálculo do ISS supostamente devido o valor integral da operação de câmbio efetivada entre o Bank Union e o Banco Indusval S/A, valor este que representa a base de cálculo do IOF – câmbio, segundo prescrições do CTN acima mencionadas.

Caso fosse efetivamente devido o ISS na operação de câmbio em questão, tal imposto haveria de incidir especificamente sobre o valor de eventuais serviços prestados ao Bank Union, nunca considerando a base global de R\$ 600.600,00 (seiscentos mil e seiscentos reais), a qual representa o valor da operação de câmbio.

Senão porque o objeto do contrato não se trata de prestação de serviços relativa a operações de câmbio, mas sim a mera compra de moeda estrangeira (assim definida a operação de câmbio), não há ainda que se falar na possibilidade de incidência, tampouco cobrança de ISS por outros motivos, os quais passa-se a expor.

² Curso de Direito Tributário Brasileiro, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 470.

Conforme já ressaltado, a realização de mera operação de câmbio, tal como a compra de moeda estrangeira, exatamente como contratado entre o Bank Union e o Banco Indusval S/A, representa o critério material do IOF - câmbio, estando, portanto, sujeito a correlata incidência.

Sujeitar referida operação à incidência do ISS, como pretende o Fisco Municipal de São Paulo, viria a caracterizar invasão da competência tributária da União pelo Município de São Paulo, conforme delimitação das competências presentes nos artigos 153 e 156 da Constituição Federal acima transcritos, além de consubstanciar uma forma de bi-tributação, onde o contribuinte seria onerado duplamente sobre o mesmo fato gerador. Aos municípios não está conferida a competência para tributar as meras operações de crédito, câmbio, seguros ou relativas a títulos e valores imobiliários, mas tão somente àquelas hipóteses taxativas previstas no artigo 156 da Constituição (IPTU, ITBI e ISS), dentre elas as prestações de serviços previstas em lei complementar.

Além disso, caso venha a se efetivar a pretensão do Fisco Municipal de São Paulo (tributar uma mera operação de câmbio utilizando o valor global da operação como base de cálculo), estar-se-ia diante da instituição de novo imposto, pelo Município de São Paulo, com fato gerador e base de cálculo próprios daquele discriminado no artigo 153, V, da Constituição Federal (IOF), o que é absolutamente vedado.

A vedação em tela nasce do artigo 154, inciso I, da própria Constituição Federal, o qual, ao estabelecer a única possibilidade do exercício da competência residual, exclusivamente pela União, autoriza a instituição de impostos ainda não previstos (somente por esta última), desde que sejam não-cumulativos e **não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição.**

Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

Portanto, **(i)** seja porque o objeto do contrato em questão não é representado pela prestação de serviços do grupo bancário, e sim por mera operação de câmbio ou compra de moeda estrangeira, operação esta que representa o fato gerador do IOF - câmbio; **(ii)** seja pela caracterização da invasão da competência tributária da União por parte do Município de São Paulo e até mesmo de uma forma de bi-tributação sobre mencionado contrato; **(iii)** seja pela

vedação contida no artigo 154, I, da CF/88, acerca da impossibilidade de instituição de imposto com base de cálculo e fato gerador próprio daqueles já previstos na Constituição, dado principalmente ao fato de ser o objeto do contrato uma mera operação de câmbio; ou ainda **(iv)** por serem os entes municipais absolutamente adstritos a instituição dos impostos previstos no artigo 156, da CF/88 (IPTU, ITBI e ISS); **faz-se indevida a cobrança a que foi e vem sendo submetido o antigo Bank Union, razão porque deve ser desconsiderada.**